

UNIVERSITA' DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea in Giurisprudenza



**TENDENZE EVOLUTIVE NELL'ISTITUTO
DELLA PROTEZIONE DIPLOMATICA**

Candidato:

Domenica Mungo

Relatore:

Chiar.mo Prof. S.Marinai

Anno Accademico 2012/2013

*A mio fratello Giuseppe,
con tutto l'Amore che c'è,
questo giorno sarebbe stato perfetto
con te al mio fianco*

CAPITOLO 1

LA PROTEZIONE DIPLOMATICA E CONSOLARE A FAVORE DEI PROPRI CITTADINI ALL'ESTERO

1.1	La protezione diplomatica e consolare nel diritto internazionale	pag 3
1.2	La progressiva riduzione della discrezionalità del potere statale d'intervento in protezione diplomatica	pag 10
1.3	Orientamenti dei giudici interni sulla riduzione del potere discrezionale dello Stato ad intervenire a tutela del proprio cittadino	pag 20
1.4	Il requisito della cittadinanza dell' individuo quale indice della rilevanza attribuita all' interesse dello Stato	pag 26
1.5	Il problema della doppia cittadinanza in relazione alla protezione degli interessi individuali	pag 28
1.6	Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo	pag 31
1.7	Sviluppi in materia di protezione diplomatica con riferimento alla tutela dei diritti individuali degli apolidi e dei rifugiati	pag 36
1.8	Orientamenti della giurisprudenza internazionale in merito ad una autonoma rilevanza del diritto dell'individuo leso	pag 40
1.9	Lo Stato responsabile internazionalmente nell' esercizio della sua missione sulla base della CEDU	pag 45
1.10	L'obbligo positivo derivante dall'articolo 1 del protocollo addizionale della CEDU	pag 50
1.11	Protezione diplomatica e consolare nel diritto dell'Unione Europea	pag 53

1.12	La necessità di una protezione diplomatica e consolare condivisa: gli sviluppi delle disposizioni dei trattati	pag 59
1.13	La responsabilità civile di uno Stato nell'esercizio della sua missione di protezione	pag 64
1.14	Le norme del progetto della Commissione del diritto internazionale del 2001 sulla responsabilità degli Stati nell' ambito della protezione diplomatica	pag 67

CAPITOLO 2

PROTEZIONE DIPLOMATICA E RICORSO ALLA FORZA A PROTEZIONE DEI PROPRI CITTADINI ALL'ESTERO

2.1	Introduzione storica	pag 70
2.2	Ricorso alla legittima difesa per la protezione dei cittadini all'estero	pag 74
2.3	L'uso della forza per proteggere i cittadini all'estero può trovare fondamento nello stato di necessità?	pag 76
2.4	La protezione dei cittadini all'estero e l'istituto dell'intervento	pag 78
2.5	Il previo esaurimento dei ricorsi interni	pag 80
2.6	La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni: evoluzione in materia di protezione diplomatica	pag 86
2.7	L'incidenza dei meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie sull'istituto della protezione diplomatica	pag 92
2.8	Eccezioni alla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni	pag 95
2.9	Il coordinamento fra protezione diplomatica e ricorsi individuali in assenza di previsioni specifiche in materia	pag 98
2.10	La funzione della protezione diplomatica a garanzia dei diritti fondamentali	pag 103
2.11	L'istituto della protezione dei cittadini all'estero alla luce dell'evoluzione in materia di tutela dei diritti umani	pag 107
2.12	Mutamento complessivo degli obiettivi della protezione diplomatica: dalla possibilità di proteggere	pag 112

esclusivamente i propri cittadini all'esigenza di tutelare i
diritti fondamentali dell'individuo

CAPITOLO 3

LA PRASSI APPLICATIVA IN TEMA DI PROTEZIONE DEI PROPRI CITTADINI ALL'ESTERO

3.1	La prassi statuale in materia di protezione dei propri cittadino all' estero: i primi casi	pag 116
3.2	L' affievolirsi della necessità del legame di nazionalità in caso di azione in protezione diplomatica a tutela di diritti umani fondamentali: il caso Letelier	pag 127
3.3	La riduzione della discrezionalità dello Stato quando l'azione in protezione diplomatica è conseguenza di una violazione di diritti umani fondamentali: il caso Princz	pag 131
3.4	Riflessioni sulle nuove funzioni svolte dalla protezione diplomatica dei propri cittadini all'estero a seguito degli sviluppi normativi sui diritti umani	pag 136
3.5	Le posizioni della dottrina sul fondamento normativo	pag 140
3.6	Le tendenze evolutive e le prospettive <i>de lege ferenda</i>	pag 144
3.7	Conclusioni	pag 149
	BIBLIOGRAFIA	pag 154

INTRODUZIONE

È un principio elementare del diritto internazionale quello che autorizza lo Stato a proteggere i propri cittadini che siano lesi da atti contrari al diritto internazionale commessi da un altro Stato dal quale non abbiano potuto ottenere soddisfazione per le vie ordinarie.

Lo Stato fa valere un diritto suo proprio, il diritto che ha di far rispettare, nella persona dei suoi cittadini, il diritto internazionale.

La protezione diplomatica è un istituto classico del diritto internazionale.

Qualora la violazione di una norma provochi un danno ad una persona fisica o giuridica, lo Stato di cui la persona è cittadina o ne abbia la nazionalità ha diritto di intervenire in protezione diplomatica nei confronti dell'autore dell'illecito. L'individuo non ha tuttavia un diritto a pretendere che il proprio Stato nazionale eserciti la protezione diplomatica; questa si configura infatti non già come un obbligo, ma come una facoltà discrezionale dello Stato.

L'esercizio della protezione diplomatica è condizionato dalla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni che imporrebbe allo Stato di non intervenire sul piano internazionale a seguito della lesione arrecata ad un proprio cittadino dalla condotta di uno Stato estero, se prima l'individuo non abbia esaurito i ricorsi esistenti nell'ordinamento straniero dove ha subito una lesione di un diritto.

In primo luogo il presente lavoro si propone di analizzare, da un lato, quali tendenze evolutive nell'ambito del diritto internazionale possono riflettersi sull'istituto della protezione diplomatica; dall'altro, di chiarire il tipo di influenza che queste tendenze possano aver avuto sul rapporto esistente tra l'interesse individuale e l'interesse statale.

In secondo luogo, conviene verificare se tale progresso abbia determinato una visione più moderna dell'istituto della protezione diplomatica, che potrebbe essere inserito fra gli strumenti giuridici che il privato ha a sua disposizione per vedere maggiormente tutelati i suoi diritti.

A questo fine, si procederà nel capitolo I alla ricostruzione dell'istituto della protezione diplomatica secondo la concezione tradizionale, sia nell'ambito del diritto internazionale sia nell'ambito del diritto dell'Unione Europea.

Verrà analizzata la prassi più recente e gli orientamenti giurisprudenziali, sia interni che internazionali, per verificare in che misura abbiano influito sulla sfera soggettiva dell'individuo, rispetto all'interesse del suo Stato di appartenenza e in che misura lo Stato sia responsabile nell'esercizio della sua missione di protezione.

L'esame del Progetto del 2001 della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica consentirà di valutare se questa proposta sia una codificazione *strictu sensu* ovvero una codificazione di sviluppo progressivo, originata anche dall'influenza esercitata dalle più recenti pronunce dei tribunali internazionali.

Nel capitolo II, verrà esaminato l'istituto della protezione dei cittadini all'estero alla luce dell'evoluzione in materia di tutela dei diritti umani.

Se l'istituto della protezione dei cittadini all'estero possa trovare fondamento nella legittima difesa, nello stato di necessità o nell'istituto dell'intervento.

Sarà evidenziata la rilevanza che viene riservata all'interesse individuale esaminata la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, le eccezioni a questa regola, il coordinamento fra protezione diplomatica e ricorsi individuali.

Successivamente, sulla base dei dati acquisiti, verranno esaminati, nel capitolo III, i casi e gli sviluppi in tema di protezione dei propri cittadini all'estero, casi in cui la Comunità internazionale ha condannato queste azioni facendo affidamento sull'assenza di una minaccia imminente, da una parte gli Stati hanno deliberatamente rifiutato di indagare a proposito degli scopi e dei contenuti della protezione con la forza, dall'altra parte, hanno dimostrato di essere più tolleranti a rispettare questa pratica specialmente quando l'uso della coercizione ha una durata limitata e per scopi ben precisi, così come nella cosiddetta "*non combatant evacuation operation*".

A tal proposito verranno analizzate le posizioni della dottrina sul fondamento normativo e le tendenze evolutive.

CAPITOLO 1

PROTEZIONE DIPLOMATICA E CONSOLARE DEI PROPRI CITTADINI ALL'ESTERO

1.1 LA PROTEZIONE DIPLOMATICA E CONSOLARE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

L'istituto della protezione diplomatica, secondo la sua formulazione più corrente, costituisce un mezzo per tutelare i cittadini di uno Stato, quando, in seguito a una violazione delle norme internazionali sul trattamento degli stranieri, un altro Stato compie un illecito internazionale nei confronti dello Stato al quale lo straniero appartiene¹. La dottrina che si è occupata di questa tematica, pur affrontandola da diverse angolazioni, fa registrare un orientamento prevalente, che possiamo definire tradizionale, secondo il quale l'interesse dell'individuo leso non ha carattere autonomo e che esso viene in rilievo nella misura in cui coincide con l'interesse statale.

Secondo tale concezione lo Stato della parte lesa potrà esercitare la c.d. protezione diplomatica, ossia assumere la difesa del proprio cittadino sul piano internazionale: esso potrà agire con proteste, proposte di arbitrato, minacce di contromisure contro lo Stato territoriale, al fine di ottenere la cessazione della violazione ed il risarcimento del danno causato al proprio cittadino.

Concedendo la protezione diplomatica, uno Stato agisce in proprio nome in favore della parte offesa. Uno Stato, ha dunque, il diritto di concedere o di rifiutare la protezione diplomatica a propria discrezione. È necessario evidenziare che, nel diritto internazionale classico, la protezione diplomatica è una competenza discrezionale dello Stato, il quale è sempre libero di esercitarla o meno².

¹ S. Nava, *Sistema della Diplomazia*, Padova, 1950, p. 1 ss.

² F. Francioni, *Imprese Multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milano, 1979, p. 25 ss.

Eppure sulla nozione di protezione diplomatica si trovano varie teorie riscontrabili nella dottrina che esprimono diversi momenti, modalità e contenuti di tale istituto.

Una parte della dottrina, ispirata alla tutela dei Paesi decolonizzati e degli Stati in via di sviluppo, considera la protezione diplomatica come un'azione politica, una mera attività degli Stati esportatori nei confronti degli Stati importatori di capitali e di attività, quali appunto, i Paesi in via di sviluppo.

Si sostiene, infatti, che i primi agirebbero a protezione dei propri interessi, soprattutto economici, per ottenere compensi fuori da ogni schema giuridico, assicurando la promozione degli investimenti stranieri in genere presso gli Stati più deboli, dotati di poche risorse e di scarsi mezzi di produzione.

Secondo questa teoria la protezione diplomatica si svolge interamente sul piano politico tra gli Stati che l'attuano e quelli che la subiscono³.

Altri autori, nel confutare le opinioni suesposte tendono ad un inquadramento giuridico dell'istituto, visto come un'iniziativa volta a far valere il diritto obiettivo violato della persona e dei beni che gli appartengono, promosso dallo Stato in vista di una riparazione.

Quindi la protezione diplomatica consisterebbe in una azione promossa dallo Stato che si ritiene vittima di un illecito per effetto dei danni subiti dai privati ad esso di fatto più strettamente collegati⁴.

In questo modo la loro protezione si confonderebbe con la pretesa corrispondente in quanto quest'ultima è già elemento di una controversia internazionale che ha per oggetto la violazione di diritti dello Stato, se tale pretesa assuma le modalità di un'azione diplomatica e fin quando si sviluppi in una azione giudiziale internazionale⁵.

Altra parte della dottrina esclude che la protezione diplomatica sia un istituto autonomo sotto il profilo di un diritto d'intervento in via preventiva o repressiva a tutela di qualunque interesse economico nazionale all'estero di persone private⁶.

³ V. Scelle, *Regles generales du droit de la paix*, in *Recueil des Cours*, 1933, IV, p. 659.

⁴ V. Battaglini, *La protezione diplomatica delle società*, Padova, 1957, p. 12 ss.

⁵ V. Velasco, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, in *Recueil des Cours*, 1974, p. 87 ss.

⁶ V. Mosconi, *La risoluzione dell'Institut de Droit Internationale sul presupposto della cittadinanza nella protezione diplomatica*, in *Diritto Internazionale*, 1965, p. 286 ss.

Le situazioni giuridiche soggettive verrebbero ricostruite direttamente dalle pretese degli Stati rivolte sia alla protezione dei beni e profitti, sia al fine di ottenere degli indennizzi in relazione a ogni loro perdita che altri soggetti abbiano accettato di indennizzare. Secondo tali autori occorre ridare spazio alla certezza giuridica dei diritti predeterminati, risalendo all'individuazione di questi diritti, rispetto ai quali la protezione diplomatica è solo il mezzo rispetto al fine della loro tutela⁷.

Non vi sarebbe protezione se non vi fosse il diritto a qualunque trattamento internazionalmente dovuto che sia stato violato.

La concezione tradizionale, già esposta, secondo la quale la protezione diplomatica viene vista come istituto del diritto internazionale volto alla protezione di un interesse diretto o di un diritto di uno Stato che sia stato leso da un altro Stato attraverso un comportamento illecito tenuto nei confronti di un suo cittadino.

Questa ricostruzione è una conseguenza della concezione che nega qualsiasi rilievo sul piano internazionale all'individuo e ai suoi diritti e si fonda su una netta separazione tra l'interesse individuale, che può ricevere tutela nelle sedi appropriate all'interno dello Stato responsabile della violazione e l'interesse statale, la cui base giuridica è costituita dalla normativa sul trattamento degli stranieri genericamente inteso.

La maggior parte della dottrina è conforme nell'affermare che nell'ordinamento internazionale i destinatari diretti delle norme internazionali sono gli Stati e le Organizzazioni internazionali dotate di personalità giuridica⁸.

Di conseguenza solo ad essi compete il diritto di esercitare a livello internazionale quelle azioni rivolte all'osservanza delle norme in materia di trattamento di cittadini stranieri.

Anche se si dovesse riconoscere agli individui la titolarità dei poteri giuridici diretti a promuovere la realizzazione dei loro interessi, è inevitabile ammettere che essi «devono riconnettersi comunque ai rapporti di diritto internazionale sostanziale direttamente sussistenti tra Stati»⁹.

⁷ V. Morelli, *Opinion Individuelle*, cit., p. 110.

⁸ Ronzitti, *Introduzione al diritto Internazionale*, cit., p. 41 ss.

⁹ Sperduti, *L'individuo*, cit., p. 101.

Pur ammettendo che si possa riconoscere agli individui una limitata capacità processuale sul piano internazionale, questi ultimi non possono ricevere una autonoma garanzia nell'ordinamento internazionale se non attraverso l'attività di tutela dei rispettivi Stati di appartenenza.

E' opinione comune che anche quando le norme internazionali hanno per contenuto la tutela di diritti umani, esse si dirigono agli Stati per la loro applicazione e per il perseguimento degli scopi indicati attraverso l'attribuzione agli Stati stessi.

Nei secoli tutte le norme applicabili alle relazioni diplomatiche, entrate in vigore con il Trattato sulle relazioni diplomatiche firmato a Vienna il 24 aprile del 1961, ne costituisce la principale fonte. Nel 1963, è stata completata da un secondo Trattato o Convenzione, ugualmente firmata nella capitale austriaca, relativa alle relazioni consolari. È d'uopo sottolineare di principio che la frase relazioni diplomatiche ricopre due concetti differenti: le missioni diplomatiche in sensu stricto e le missioni consolari.

Riguardo le missioni diplomatiche, queste, infatti, inglobano tutto ciò che è in linea rispetto alle relazioni fra gli Stati, come la rappresentanza politica dello Stato accreditante, la protezione diplomatica, i negoziati con lo Stato accreditatario, l'informazione del governo dello Stato accreditatario, la promozione delle relazioni amichevoli, economiche, culturali e scientifiche. Una funzione particolarmente importante della missione diplomatica consiste, dunque, nel proteggere gli interessi dello Stato accreditante sul territorio di quello accreditatario, così come quello dei cittadini presenti sul medesimo lembo territoriale. In altre parole, questa protezione diplomatica rappresenta il diritto per uno Stato di poter agire a favore dei propri cittadini presso lo Stato di residenza di questi. Consiste nei passaggi, solitamente, e nei negoziati presso le autorità dello Stato di residenza. Le missioni consolari, al contrario, non hanno alcun ruolo di rappresentanza politica, ma quello di tipo puramente amministrativo. Le funzioni consolari sono enumerate dall'articolo 5 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963¹⁰. La funzione di protezione è la più classica dell'istituzione consolare. Gli agenti consolari o, meglio, i consoli, a

¹⁰ Contuzzi, Trattato teorico-pratico di Diritto consolare e diplomatico, Torino, 1910.

prescindere dalla loro classe e se siano di carriera od onorari¹¹, sono vincolati a far rispettare i diritti dei loro cittadini che siano persone fisiche o giuridiche. Devono assisterli e nel caso intervenire in loro favore in momenti di difficoltà con le autorità dello Stato di residenza¹².

Tale concezione ha trovato un significativo accoglimento negli orientamenti sia della Corte Permanente di Giustizia Internazionale sia della Corte Internazionale di Giustizia.

E' agevole constatare come queste nuove affermazioni siano una diretta conseguenza dell'opinione che esclude qualsiasi rilievo internazionale all'individuo e ai suoi diritti e che, si fonda su una netta distinzione tra l'interesse dello Stato leso e l'interesse dell'individuo con la prevalenza del primo sul secondo. La valutazione circa l'opportunità di un'azione internazionale rientra, infatti, esclusivamente nell'ambito della discrezionalità dello Stato medesimo, tanto da poterla esercitare anche contro la volontà dell'individuo.

E' da notare, inoltre, che intorno agli anni '70 e '80 tale istituto, così concepito, ha subito dei mutamenti che, pur mantenendo inalterata la sua importanza, hanno visto l'affermarsi di modalità sempre più rispondenti alle più diverse esigenze degli Stati, condizionate specialmente da fattori di politica generale, dove non trova spazio l'interesse dell'individuo che viene sacrificato in nome di interessi economici. Si è messo in rilievo, infatti, che, «the necessity of retaining the institution of diplomatic protection is universally recognized and is today, perhaps, more important than ever. The growing International connections, the activity of investments and establishment abroad...»¹³.

La mancata presa in considerazione dei diritti individuali da parte della dottrina classica relativamente all'istituto della protezione diplomatica è da mettere in relazione con l'orientamento che in quegli anni la dottrina internazionalistica aveva seguito per quanto riguarda il ruolo dell'individuo nell'ordinamento internazionale. Così come non si riconosceva all'individuo un *locus standi* nella comunità internazionale, non si ammetteva che

¹¹ G. Biscottini, ibidem, Padova, 1969, p. 3 ss.; G. Paccione, Il Console onorario nel diritto consolare, 2009.

¹² G. Paccione, L'assistenza dell'ufficio consolare, 2010.

¹³ V. Kunz, *The Changing in Law*, cit., p. 447.

nell'istituto della protezione diplomatica avesse rilievo l'interesse del privato. Se questa impostazione era del tutto coerente con un indirizzo che in quegli anni negava un'autonoma rilevanza ai diritti individuali, delle perplessità nascono se si considerano i grandi mutamenti che rispetto alla condizione dell'individuo si sono prodotti¹⁴. A partire dalla fine della Seconda Guerra Mondiale si è, infatti, assistito all'affermarsi sia di norme internazionali primarie che gli attribuiscono dei diritti e degli obblighi, sia di norme secondarie che gli riconoscono un ruolo importante nell'attivazione di alcuni procedimenti di accertamento del diritto, previsti in particolar modo dai trattati relativi alla tutela dei diritti dell'uomo.

Sono state concluse, infatti, numerose convenzioni, sia a livello universale che regionale, che contemplano la possibilità per gli individui di presentare «reclami» davanti ad organi di garanzia che siano stati appositamente istituiti dagli Stati contraenti¹⁵.

La stipulazione di tali trattati esprime il convincimento da parte degli Stati che tutti i diritti dell'uomo sono universali, indissociabili, interdipendenti e connessi e intimamente connessi alla comunità internazionale la quale deve trattare i diritti dell'uomo in maniera globale, corretto, equilibrato, riconoscendo la stessa importanza¹⁶. Le costruzioni elaborate dalla dottrina in merito all'istituto della protezione diplomatica, pur offrendo un quadro quanto mai ricco, sono caratterizzate perlopiù dall'aver affrontato tale problematica soffermandosi maggiormente sugli aspetti riguardanti gli interessi degli Stati piuttosto che su quelli concernenti gli interessi dei privati lesi.

¹⁴ Secondo la tesi di Kelsen, esponente della concezione del positivismo critico, che attribuiva al diritto internazionale il primato sugli ordinamenti interni, l'ordinamento internazionale non poteva essere l'ordinamento di una comunità di Stati, ma un ordinamento che disciplinava le relazioni tra gli individui, anche se in forma mediata attraverso i sistemi giuridici nazionali. V. Kelsen, *Principles of Internationale Law*, New York 1952, p. 242.

¹⁵ Sul piano universale l'azione delle Nazioni Unite è di fondamentale rilievo per quel che attiene allo sviluppo delle norme internazionali, sostanziali e di carattere istituzionale, in materia di protezione dei diritti della persona umana. Tra gli strumenti pattizi di carattere generale e di portata universale hanno particolare importanza i Patti delle Nazioni Unite relativi rispettivamente ai diritti civili e politici ed ai diritti economici, sociali e culturali adottati a New York il 16 dicembre 1966 che prevedono meccanismi volti a consentire agli individui di far valere tali diritti nei confronti degli Stati. La funzione dei meccanismi in esame è di prevedere una tutela supplementare mirante a colmare le lacune dei sistemi di diritto interno e soprattutto a reagire alle inadempienze che possono essersi verificate nonostante la presenza di norme e procedimenti di tutela *ad hoc*.

¹⁶ V. La Dichiarazione adottata a conclusione della Conferenza mondiale dei diritti dell'uomo tenutasi a Vienna il 25 giugno 1993, in *Rivista di diritto Internazionale*, 1993, p. 1197, par. 5.

La dottrina mentre si è soffermata sui cambiamenti prodottisi in seno all'ordinamento internazionale per quanto riguarda lo *status* da riconoscere all'individuo¹⁷, non ha finora, a nostro giudizio, tratto tutte le logiche conseguenze che questi cambiamenti implicano nello specifico ambito dell'istituto della protezione diplomatica.

Solo di recente alcuni autori hanno iniziato a prendere in esame specifici profili, quali la natura dell'interesse individuale per verificare se, alla luce della normativa dei diritti umani si possa parlare o meno di un diritto dell'uomo¹⁸, sotto la spinta di alcune affermazioni contenute nella sentenza *LaGrand* del 2001 della Corte Internazionale di Giustizia¹⁹. Rilevata tale lacuna, si avverte, quindi, l'esigenza di ridefinire, da un più ampio angolo visuale, l'istituto della protezione diplomatica che sembra, peraltro, avviato ad evolversi.

¹⁷ Tra i gli autori più recenti che hanno affrontato tale tematica v. Leanza, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Torino, 2002, p. 105 ss.

¹⁸ In dottrina v. Kooijmans, *Is the right to Diplomatic Protection a Human Right?*, in *Studi di Diritto Internazionale in onore di Gaetano Arancio-Ruiz*, vol. III, Napoli, 2004, p. 1975 ss.

¹⁹ La sentenza esprime un cambiamento di indirizzo rispetto ai già richiamati orientamenti giurisprudenziali nelle sentenze antecedenti e costituisce un precedente sul quale si è basata la giurisprudenza successiva, sia interna che internazionale.

1.2 LA PROGRESSIVA RIDUZIONE DELLA DISCREZIONALITÀ DEL POTERE STATALE D'INTERVENTO IN PROTEZIONE DIPLOMATICA

Nel quadro di una indagine relativa all'incidenza della disciplina in tema di diritti umani sulla protezione diplomatica, il profilo che sembra assumere maggiore interesse è rappresentato dagli sviluppi della prassi riguardanti la riduzione del potere discrezionale dello Stato nazionale ad intervenire a tutela del proprio cittadino.

È noto infatti che uno degli elementi maggiormente consolidati nella prassi internazionale in materia di protezione diplomatica è costituito dall'assoluta discrezionalità dello Stato nazionale non soltanto in relazione all'an dell'intervento statale, ma altresì con riferimento al contenuto ed alla durata dell'eventuale azione, senza che abbiano alcuna rilevanza sostanziale gli interessi individuali oggetto dell'eventuale protezione da parte dello Stato nazionale. In materia, di particolare chiarezza appare la sentenza adottata dalla Corte internazionale di giustizia nel già citato caso della *Barcelona Traction*, nella quale si è affermato che, "within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit [...] The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case".

In una prospettiva di sviluppo progressivo del diritto internazionale, il relatore speciale designato dalla Commissione del diritto internazionale per lo studio della protezione diplomatica aveva proposto, nel suo primo rapporto presentato nel 2000, l'introduzione di un articolo in base al quale lo Stato nazionale, nell'ipotesi in cui l'individuo non possa presentare direttamente un ricorso ad un tribunale internazionale, "has a legal duty to exercise diplomatic protection on behalf of the injured person upon request, if the injury results from a grave breach of a jus cogens norm attributable to another State". La disposizione era completata dall'ulteriore previsione secondo cui gli Stati risultavano obbligati ad introdurre nei propri

ordinamenti interni disposizioni "for the enforcement of this right before a competent domestic court or other independent national authority".

La regola in esame, la cui formulazione è stata criticata²⁰, non ha trovato accoglimento da parte della Commissione, in primo luogo per le perplessità derivanti dagli effetti di un'eventuale violazione di un obbligo posto da una norma di *jus cogens*, effetti consistenti nella possibilità di reazione da parte di tutti gli Stati. In secondo luogo, la maggioranza dei membri della Commissione ha ritenuto che la prassi invocata dal relatore speciale, sulla quale ci si soffermerà di seguito, non risultasse sufficiente ai fini dell'accertamento dell'*opinio juris* degli Stati circa l'esistenza nel diritto internazionale generale di un obbligo di intervenire in protezione diplomatica, seppure nei limitati casi prospettati nel rapporto presentato alla Commissione²¹.

Se nella disciplina prevista dal diritto consuetudinario appare difficile cogliere sviluppi rilevanti riguardo all'attenuazione del potere discrezionale d'intervento in protezione diplomatica da parte dello Stato nazionale, si possono tuttavia valorizzare alcuni elementi della prassi interna, di natura legislativa e giurisprudenziale, che potrebbero prefigurare in materia una soluzione che trova fondamento negli ordinamenti statali.

Particolarmente interessanti risultano anzitutto i dati desumibili dall'analisi della giurisprudenza nazionale concernente spesso decisioni relative al rispetto di garanzie di natura costituzionale (espressamente previste o ritenute implicitamente operanti all'interno dell'ordinamento nazionale²²), che

²⁰ Si vedano ad esempio Flauss, *Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?*, in *La protection diplomatique*, cit., p. 55 ss.; Kooijmans, *Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arancio-Ruiz*, cit., vol. III, p. 1980 ss.; Gattini, *Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica*, relazione presentata all'incontro di studio "La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti" (Firenze, 2-4 settembre 2004), il quale da un lato critica la formulazione complessiva della regola, dall'altro ne sottolinea il carattere non particolarmente innovativo, tenuto in particolare conto dell'eccezione all'esercizio della protezione diplomatica riguardante l'esistenza di interessi prevalenti dello Stato nazionale.

²¹ Si vedano le riflessioni conclusive della Commissione riguardo all'art. 4 del progetto di articoli, che è stato di conseguenza eliminato, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2000, vol. II, 2, p. 78 ss. (par. 450 ss). Nel commentario all'attuale art. 2 del progetto approvato in prima lettura nel 2004, cit., si è ulteriormente chiarito: "A proposal that a limited duty of protection be imposed on the State of nationality was rejected by the Commission as going beyond the permissible limits of progressive developments of the law".

²² Pur non avendo dato sinora luogo ad applicazioni giurisprudenziali significative, appaiono importanti, ai fini della limitazione dell'esercizio discrezionale della protezione diplomatica

pongono limiti rilevanti alla discrezionalità nell'esercizio della protezione diplomatica da parte dello Stato.

Fra le prime decisioni che hanno affrontato il problema in esame occorre richiamare, nella giurisprudenza della Repubblica federale tedesca, la sentenza della Corte costituzionale federale resa il 16 dicembre 1980 nel noto caso Hess²³. È importante notare che la Corte, pur in assenza di una espressa previsione costituzionale che obbligasse le autorità statali ad intervenire in protezione diplomatica²⁴, ha preliminarmente osservato che "the organs of the Federal Republic [...] have a constitutional duty to provide protection for German nationals and their interests in relation to foreign States"²⁵. Inoltre, riconosciuta al Governo federale "wide discretion in deciding the question of whether and in what manner to grant protection against foreign States", la Corte ha stabilito che le autorità nazionali debbano comunque conformarsi in materia di protezione diplomatica ai criteri della ragionevolezza e della non arbitrarietà, rilevando in particolare che "the role of administrative courts was consequently confined to the review of actions and omissions of the Federal Government for abuses of discretion"²⁶. Sulla base di tali parametri di legittimità dell'azione statale, la Corte ha escluso che nel caso di specie il comportamento complessivo adottato dal Governo risultasse "in any way

negli ordinamenti nazionali, le disposizioni in materia di tutela dei cittadini all'estero contenute nelle recenti costituzioni adottate dai Paesi dell'Europa dell'Est: per un esame dettagliato di tali norme, con particolare riguardo al problema dell'eventuale attribuzione di veri e propri diritti individuali alla protezione diplomatica, si veda Malenovsky, *La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République tchèque en particulier*, in *La protection diplomatique*, cit., p. 96 ss.

²³ Si tratta della vicenda concernente Rudolf Hess, che nel 1946 venne condannato per crimini contro la pace dal Tribunale di Norimberga e trasferito per l'esecuzione della pena detentiva al carcere di Spandau-Berlin sotto controllo delle potenze occupanti. Nel ricorso in esame si richiedeva alla Corte costituzionale di accertare che il Governo federale non avesse adottato misure adeguate ed efficaci allo scopo di ottenere il rilascio del detenuto.

²⁴ Geck, *Diplomatic Protection*, cit., p. 1052, ha peraltro ritenuto che esista, in materia di protezione diplomatica, un obbligo di natura costituzionale fondato sulla "constitutional tradition, the constitutional understanding of the main purposes of the State and of the counterbalance of citizens' rights and duties, as well as certain written constitutional provisions". A questo proposito, è utile rilevare che sia la Costituzione di Weimar del 1919 (art. 112, par. 2), sia le costituzioni precedenti (ad esempio la costituzione del 16 aprile 1871, art. 3) prevedevano espressamente il diritto individuale alla protezione da parte dello Stato nazionale.

²⁵ Int. Law Reports, vol. 90, p. 395.

unreasonable or incomprehensible from the standpoint of the constitutional rights of the complainant at issue in this case"²⁷.

Ispirandosi ai parametri applicati nella decisione relativa al caso Hess, la giurisprudenza interna di altri Paesi ha chiarito che i criteri della ragionevolezza e non arbitrarietà devono essere rispettati dagli organi governativi sia al momento della decisione di agire in protezione diplomatica, sia con riferimento al contenuto dell'eventuale intervento.

In proposito, si può richiamare la sentenza della Corte d'appello dell'Aja del 22 novembre 1984²⁸. Accertato in particolare che "under Dutch law [...] the State can in general be required to provide assistance through its diplomatic representatives to Dutch nationals", la Corte ha osservato che il controllo giurisdizionale sull'esercizio del potere discrezionale, di cui è titolare il Governo in tema di protezione diplomatica, è limitato a verificare "if the assistance provide dis substantially less than or different from the assistance which the Dutch Government and its diplomatic representative smigh tre asonably have beene xpected to provide"²⁹.

In senso analogo, il Tribunale federale svizzero, nella sentenza del 6 ottobre 1995, ha interpretato estensivamente l'art. 45-bis, par. 1, della Costituzione elvetica³⁰ stabilendo che il necessario margine di apprezzamento di cui gode la Confederazione in tema di concessione della protezione diplomatica ai propri cittadini "ne signifie pasqu'elle puisse agir arbitrairement dans ce domaine"³¹. Con specifico riguardo all'esame delle misure effettivamente

²⁷ Ivi, p. 398. In realtà, il Governo federale si è limitato, nella fattispecie in esame, a sollecitare il rilascio del detenuto sulla base di considerazioni di carattere umanitario, relative alle condizioni precarie di salute ed all'età avanzata di Hess, escludendo in particolare il ricorso ad altre iniziative sul piano internazionale, ritenute del tutto prive della possibilità di essere accolte dalle potenze occupanti. Sull'analisi del profilo relativo alla scelta dei mezzi attraverso i quali agire in protezione diplomatica nella giurisprudenza tedesca si veda Ress, *La pratique allemande de la protection diplomatique*, in *La protection diplomatique*, cit., pp. 136-137.

²⁸ Si veda il caso *HMHK v. Netherlands*, relativo al problema dell'esercizio della protezione diplomatica nei confronti di un cittadino olandese arrestato in Germania per reati di droga, in *Int. Law Reports*, vol. 94, p. 342 ss.

³⁰ Si tratta in particolare della norma della Costituzione del 29 maggio 1874, abrogata in base alla nuova Costituzione del 18 aprile 1999, che autorizzava la Confederazione "à renforcer les liens qui unissent les Suisses de l'étranger entre eux et avec la patrie, et à soutenir les institutions créées à cet effet".

³¹ Si veda il caso *N. et consorts c. Confédération suisse*, relativo all'insufficienza delle misure adottate dalla Svizzera in protezione diplomatica di alcuni cittadini a causa delle perdite finanziarie da essi subite in materia di assicurazioni sociali nell'ex Congo belga, in *Schweizerische Zeitschrift für int. und europäisches Recht*, 1996, p. 614. Sulla giurisprudenza

adottate a livello governativo in tema di protezione diplomatica, si è statuito che "à partir du moment où la Confédération accepte d'intervenir, même de manière limitée, elle ne doit pas agir de manière nuisible aux intérêts de ses ressortissants" e più specificamente che non è esclusa in materia la responsabilità della Confederazione "dans des cas particuliers si, sans aucune justification, les agents de la Confédération devaient commettre sans droit des actes nuisant aux intérêts des ressortissants suisses concernés"³².

Elementi ulteriori a favore della tesi della compressione della discrezionalità statale in materia di protezione diplomatica possono ricavarsi dalla decisione della Court of Appeal inglese nel caso *Abbasi*³³. La sentenza in oggetto presenta infatti alcuni interessanti profili di novità, sia per quanto riguarda la qualificazione della situazione giuridica dell'individuo a favore del quale può essere esercitata la protezione diplomatica, sia in merito alla necessità da parte dello Stato nazionale di valutare, in sede di decisione di agire a livello diplomatico, la natura e la gravità della violazione commessa nei confronti dei propri cittadini. Con riguardo alla situazione giuridica nella quale si trova il cittadino che richiede allo Stato nazionale la protezione diplomatica, la Corte ha affermato che "it must be a "normal expectation of every citizen" that, if subjected abroad to a violation of a fundamental right, the British Government will not simply wash their hands of the matter and abandon him to his fate"³⁴. Pur riconoscendo "the very limited nature of the expectation" ed ammettendo inoltre che "whether to make any representations in a particular case, and if so in what form, is left entirely to the discretion of the Secretary of State", la Corte ha tuttavia osservato, accogliendo la tesi di un limitato controllo giurisdizionale della decisione statale, che "however, that

precedente del Tribunale federale si veda l'analisi di Caflisch, *La pratique suisse de la protection diplomatique*, in *La protection diplomatique*, cit., p. 76.

³³ Si veda la sentenza del 6 novembre 2002 resa dalla Supreme Court of Judicature - Court of Appeal (Civil Division), in *Int. Legal Materials*, 2003, p. 355 ss., concernente la vicenda di un cittadino britannico catturato in Afghanistan e successivamente trasferito presso la base militare americana di Guantanamo, a Cuba. Per un commento critico si veda Vierucci, *Il caso Abbasi: la detenzione arbitraria a Guantanamo davanti al giudice inglese*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, p. 911 ss.

³⁴ In *Int. Legal Materials*, 2003, p. 381.

does not mean the whole process is immune from judicial scrutiny. The citizen's legitimate expectation is that his request will be "considered", and that in that consideration all relevant factors will be thrown into the balance"³⁵

Circa il secondo aspetto sopra riferito, relative all'incidenza del tipo di violazione subita dal cittadino sulla decisione di intervenire in protezione diplomatica, la Corte ha stabilito che, fra i diversi elementi che devono essere tenuti in considerazione dalla autorità statale, "one vital factor... is the nature and extent of the injustice", precisando da un lato che anche nell'ipotesi di "a gross miscarriage of justice, there may perhaps be overriding reasons of foreign policy which may lead the Secretary of State to decline to intervene", ma aggiungendo dall'altro che, "unless and until he has formed some judgment as to the gravity of the miscarriage, it is impossible for that balance to be properly conducted".

Di particolare interesse risulta infine, nella giurisprudenza interna in materia di protezione diplomatica, la recente sentenza del Tribunale federale svizzero resa il 2 luglio 2004 nel caso *Groupement X c. Conseil fédéral*³⁶. La decisione in esame assume rilevanza in quanto si pone il problema dell'applicazione di norme convenzionali sulla tutela dei diritti umani, in particolare dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (diritto ad un processo equo), all'ipotesi di mancato esercizio della protezione diplomatica da parte dello Stato nazionale.

Con riferimento a tale questione è noto che una parte della dottrina ritiene sostanzialmente operante nel diritto internazionale generale un vero e proprio diritto soggettivo individuale alla protezione diplomatica ricavabile dagli

³⁵ Accogliendo il criterio della ragionevolezza della decisione statale, già applicato, come si è visto, nella giurisprudenza nazionale di altri Paesi, la Corte ha ulteriormente chiarito che "there is no reason why its decision or inaction should not be reviewable if it can be shown that the same were irrational or contrary to legitimate expectation".

³⁶ La sentenza ha per oggetto il ricorso presentato da una società di diritto svizzero per l'annullamento della decisione del Consiglio federale di rifiuto della protezione diplomatica in merito ad una controversia relativa all'applicazione di un contratto di appalto concluso fra tale società e l'Organizzazione europea per la ricerca nucleare (CERN). Su tale decisione si veda Flauss, *Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique: à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, Groupement X c./Conseil fédéral*, in *Revue générale de droit int. public*, 2005, p. 407 ss.

sviluppi complessivi riscontrabili in materia di tutela dei diritti fondamentali³⁷, mentre un diverso orientamento dottrinale si limita a sostenerne l'esistenza nel quadro di determinati sistemi convenzionali sulla tutela dei diritti umani³⁸, oppure nell'ambito di sistemi normativi speciali³⁹. In proposito, appare anzitutto da escludere la sussistenza di un diritto soggettivo alla protezione diplomatica sulla base del diritto consuetudinario in tema di diritti umani. Si può inoltre rilevare che la prassi degli organi di controllo sul rispetto di determinati trattati relativi alla protezione dei diritti umani non appare in materia di carattere uniforme. Mentre infatti all'interno del sistema interamericano dei diritti dell'uomo è stata considerata una violazione del diritto a un processo equo l'inosservanza del diritto individuale alla informazione circa la possibilità di avvalersi della protezione consolare ex art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari⁴⁰, diversamente, nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, si è esclusa l'esistenza di un autonomo diritto individuale alla protezione diplomatica⁴¹,

³⁷ La sentenza ha per oggetto il ricorso presentato da una società di diritto svizzero per l'annullamento della decisione del Consiglio federale di rifiuto della protezione diplomatica in merito ad una controversia relativa all'applicazione di un contratto di appalto concluso fra tale società e l'Organizzazione europea per la ricerca nucleare (CERN). Su tale decisione si veda Flauss, *Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique: à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, Groupement X c./Conseil fédéral*, in *Revue générale de droit int. public*, 2005, p. 407 ss.

³⁸ Ress, *La pratique allemande*, cit., p. 127 ss., che fa leva in particolare (p. 141 ss.) sulla teoria degli obblighi positivi degli Stati in materia di diritti umani; Kooijmans, *Is the Right to Diplomatic Protection*, cit., il quale sostiene di conseguenza (p. 1984) la necessità di inserire espressamente tale diritto individuale nei trattati sulla protezione dei diritti dell'uomo.

³⁹ Ad esempio, nel sistema comunitario l'esistenza di un diritto individuale alla protezione diplomatica è sostenuta, sulla base dell'art. 20 del Trattato CE e dell'analogo art. 46 della Carta dei diritti fondamentali dei quali si è detto in precedenza, da Condorelli, *La protection diplomatique*, cit., pp. 13-14.

⁴⁰ Si veda il parere del 1° ottobre 1999 n. 16/99, reso dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, in particolare par. 124, consultabile in *Human Rights Law Journal*, 2000, p. 24 ss. Sull'esame del parere della Corte sotto il profilo qui rilevato si veda Pinto, *De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme*, in *Revue générale de droit int. public*, 2002, pp. 529-531 e 544-545. È da precisare che la Corte internazionale di giustizia, nel già richiamato caso *La Grand* (par. 78), ha preferito non pronunciarsi sul carattere di diritto umano della situazione giuridica soggettiva prevista dall'art. 36 della Convenzione di Vienna.

⁴¹ Si veda già la decisione della Commissione europea del 2 maggio 1978 relativa al caso *Bertrand Russel Peace Foundation Ltd v. the United Kingdom*, in *Decisions and Reports*, vol. 14, pp. 131-132 e più di recente la decisione della Corte europea dell'11 luglio 2000 nel caso *A.C. et autres c. Italie*, inedita.

accogliendo in termini assai restrittivi la possibilità di avvalersi del diritto di accesso ad un tribunale indipendente e imparziale, ricavato implicitamente dall'art. 6 della Convenzione, in tema di controllo giurisdizionale della decisione di rifiuto della protezione diplomatica⁴².

Inquadrandosi nell'ambito dei suddetti orientamenti non univoci della prassi sull'applicazione di norme a tutela dei diritti umani in materia di protezione diplomatica, la decisione del Tribunale federale svizzero nel caso *Groupement X* appare pertanto di una certa importanza. Il Tribunale conferma anzitutto l'orientamento della giurisprudenza nazionale in precedenza considerata, secondo cui gli organi governativi non possono agire in materia di protezione diplomatica in modo arbitrario⁴³. Inoltre, sulla base di una interpretazione conforme all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo delle norme costituzionali rilevanti in materia⁴⁴, il Tribunale ha affermato espressamente che il diritto di accesso ad un tribunale indipendente e imparziale deve essere rispettato anche in materia di controllo sulla decisione governativa di agire in protezione diplomatica⁴⁵.

Infine, nel quadro della prassi interna sulla limitazione del potere discrezionale del governo di esercitare la protezione diplomatica occorre segnalare il caso isolato della legislazione cilena, in base alla quale la richiesta di protezione diplomatica viene trasmessa dal Ministero degli esteri all'avvocato generale della Corte suprema, che adotta in materia un parere vincolante per il Governo⁴⁶. Ne consegue che in questa ipotesi il Governo

⁴² In questo senso la decisione della Corte di Strasburgo del 15 maggio 2001 nel caso *De Dreu-Breze c. France*, inedita, che esclude nel caso di specie la violazione dell'art. 6 con riguardo alla limitazione del diritto di adire i tribunali nazionali da parte dei parenti di cittadini francesi detentori di obbligazioni emesse dal regime zarista e disconosciute dall'Unione sovietica. Come è noto, soltanto nel 1996 il Governo francese, agendo in protezione diplomatica dei propri cittadini, e quello russo conclusero in materia un accordo di indennizzo che non corrisponde al valore effettivo dei beni dei cittadini francesi.

⁴³ Pur ribadendo infatti che la Confederazione è libera di accordare o rifiutare la protezione diplomatica, il Tribunale precisa che ciò non implica "qu'elle puisse agir arbitrairement dans ce domaine".

⁴⁴ Le norme costituzionali in questione sono rispettivamente l'art. 29, par. 1, sul diritto ad un processo equo e l'art. 30, par. 1, sul diritto di accesso ad una autorità giudiziaria, previsti dalla Costituzione elvetica del 18 aprile 1999.

⁴⁵ Rilevato peraltro che nel caso di specie la società ricorrente aveva attivato, sulla base dell'accordo di sede dell'11 giugno 1955 fra CERN e Consiglio federale, due diverse procedure arbitrali per la risoluzione della controversia in questione, il Tribunale ha concluso nel senso che essa ha avuto accesso "à une juridiction indépendante, impartiale et douée d'une cognition ne rendant pas illusoire le recours au juge".

⁴⁶ In merito si veda Orrego Vicuña, *The Changing Law of Nationality of Claims*, cit., p. 635, il quale si chiede di conseguenza: "Might a solution of this sort be adopted as an obligation under international law in the context of due process?"

cileno viene sostanzialmente privato della competenza a decidere l'azione a tutela del proprio cittadino, pur rimanendo titolare del potere di scegliere gli strumenti d'intervento ritenuti più opportuni⁴⁷.

A conclusione dell'analisi della prassi interna degli Stati sulla limitazione della discrezionalità dell'intervento statale a tutela dei rispettivi cittadini si possono trarre in materia alcune conseguenze di carattere generale. Sembra in particolare ricavabile dalla prassi in precedenza richiamata la tendenza a garantire al cittadino che richiede l'azione in protezione diplomatica di attivare, sul piano nazionale, un controllo giurisdizionale sulla ragionevolezza e non arbitrarietà della relativa decisione statale⁴⁸. È rilevante notare che il fondamento giuridico di tale controllo risiede prevalentemente nelle disposizioni costituzionali, o comunque di natura legislativa, che assicurano un esame giurisdizionale delle decisioni assunte a livello governativo, anche se nella giurisprudenza nazionale recente, in conformità ad un orientamento emerso nella giurisprudenza internazionale, si fa talvolta riferimento a determinate norme convenzionali sulla protezione dei diritti umani.

L'esame di carattere giurisdizionale riguarderebbe, per un verso, la legittimità dell'eventuale decisione negativa d'intervento, che dovrebbe essere pertanto adeguatamente motivata, in modo che risulti evidente lo svolgimento di un corretto bilanciamento degli interessi generali e individuali da parte degli organi governativi, soprattutto alla luce della natura dei diritti violati e della gravità della violazione⁴⁹. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare nell'ipotesi di mutamento dei presupposti sulla base dei quali si è formata la decisione statale (ad esempio nel caso di aggravamento della situazione individuale

⁴⁷ Nella prassi legislativa rilevante in materia rivestono una pur limitata importanza le previsioni contenute in alcune legislazioni in base alle quali, in caso di mancata concessione della protezione diplomatica, viene riconosciuta al cittadino la possibilità di richiedere allo Stato nazionale un indennizzo: ad esempio, sulla giurisprudenza spagnola in materia si veda PastorRidruejo, *La pratique espagnole de la protection diplomatique*, in *La protection diplomatique*, cit., pp. 111-112.

⁴⁸ Secondo Flauss, *Le contentieux des décisions*, cit., p. 413, l'esame della prassi nazionale rilevante in materia sarebbe addirittura da interpretare nel senso del riconoscimento "d'un véritable droit subjectif à la protection des autorités consulaires nationales".

⁴⁹ Secondo DeVittor, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali*, in *Rivista*, 2002, pp. 611 e 617, nei casi di violazione dei diritti fondamentali sarebbe ipotizzabile una forma di "protezione diplomatica aggravata".

oggetto di esame da parte del governo), si potrebbe anche sostenere la necessità di un riesame della decisione statale adottata in precedenza ed un conseguente rinnovamento del controllo giurisdizionale.

Per altro verso, il controllo giurisdizionale concernerebbe il contenuto sostanziale dell'azione statale in protezione diplomatica, verificando in proposito l'adeguatezza e la proporzionalità delle misure effettivamente adottate dallo Stato nazionale rispetto alle circostanze del caso di specie e con particolare riferimento, anche in questo caso, alla natura del diritto individuale in esame e alla gravità della violazione.

1.3 ORIENTAMENTI DEI GIUDICI INTERNI SULLA RIDUZIONE DEL POTERE DISCREZIONALE DELLO STATO AD INTERVENIRE A TUTELA DEL PROPRIO CITTADINO

Se nella disciplina prevista dal diritto consuetudinario appare difficile cogliere sviluppi rilevanti riguardo all'attenuazione del potere discrezionale d'intervento in protezione diplomatica da parte dello Stato nazionale, nella prassi interna, di natura legislativa e giurisprudenziale, si riscontrano, invece, indicazioni sulla cui base possano essere colti interessanti sviluppi in questo senso.

Particolarmente degni di note risultano anzitutto i dati desumibili dall'analisi della giurisprudenza nazionale relativa alle questioni delle garanzie di natura costituzionale espressamente previste o ritenute implicitamente operanti all'interno dell'ordinamento nazionale, che pongono limiti rilevanti alla discrezionalità nell'esercizio della protezione diplomatica da parte dello Stato⁵⁰.

Fra le prime decisioni che hanno affrontato il problema in esame occorre richiamare la sentenza della Corte Costituzionale tedesca resa il 16 dicembre 1980 nel noto caso Hess⁵¹. Nel 1946 Rudolf Hess veniva condannato per crimini contro la pace dal Tribunale di Norimberga e trasferito per l'esecuzione della pena detentiva nel carcere di Spandau-Berlin sotto il controllo delle potenze occupanti. Nel ricorso in esame si richiedeva alla Corte Costituzionale di volersi pronunciare in merito alla mancata adozione, da parte del governo federale, di misure adeguate ed efficaci allo scopo di ottenere il rilascio del detenuto.

La Corte ha stabilito che le autorità nazionali debbano comunque conformarsi in materia di protezione diplomatica ai criteri della ragionevolezza e dell'arbitrarietà rilevando in particolare che «the role of administrative courts was consequently confined to the review of action and omissions of the Federal Government for abuses of discretion».

Sulla base di tali parametri di legittimità dell'azione statale, la Corte ha escluso che nel caso di specie il comportamento complessivo adottato dal

⁵⁰ Malenovsky, *La protection diplomatique*, cit., p. 96 ss.

⁵¹ V. Ress *Mutation contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, 2003, p. 121 ss.

governo risultasse «in any way unreasonable or incomprehensible from me standpoint of the constitutional rights of the complainant at issue in this case». In realtà, il Governo federale si era limitato, nella fattispecie in esame, a sollecitare il rilascio del detenuto sulla base di considerazioni di carattere umanitario, relative alle condizioni precarie di salute ed all'età avanzata di Hess, escludendo in particolare il ricorso ad altre iniziative sul piano internazionale, ritenute del tutto prive della possibilità di essere accolte dalle potenze occupanti⁵².

Ispirandosi ai parametri applicati nella decisione relativa al caso Hess, la giurisprudenza interna di altri Paesi ha chiarito che i criteri della ragionevolezza e non arbitrarietà devono essere rispettati dagli organi governativi sia al momento della decisione di agire in protezione diplomatica, sia con riferimento al contenuto dell'eventuale intervento.

Elementi ulteriori a favore della tesi della comprensione e della discrezionalità statale in materia di protezione diplomatica possono ricavarsi dalla decisione della Court of Appeal britannica nel caso Abbasi⁵³. La sentenza in oggetto presenta, infatti, alcuni interessanti profili di novità, sia per quanto riguarda la qualificazione della situazione giuridica dell'individuo a favore del quale può essere esercitata la protezione diplomatica, sia in merito alla necessità da parte dello Stato nazionale di valutare, in sede di decisione di agire a livello diplomatico, la natura e la gravità della violazione commessa nei confronti dei propri cittadini.

Il Sig. Abbasi è uno dei sette cittadini britannici detenuti dal gennaio 2002 a Guantanamo insieme ad oltre seicento persone catturate nel corso delle operazioni militari condotte dagli Stati Uniti in Afghanistan a seguito degli attentati dell'11 settembre e sospettate di essere membri della rete terroristica di Al Qaeda. Oltre due mesi dopo l'arresto di Abbasi in territorio afgano e il suo trasferimento a Guantanamo, la madre del detenuto intentava un giudizio contro il Foreign and Commonwealth Office (FCO), adducendo la violazione dei diritti dell'uomo ai danni del figlio. A suo giudizio, poiché Abbasi non era stato informato delle ragioni della detenzione, né gli era stato consentito

⁵² Sull'analisi del profilo relativo alla scelta dei mezzi attraverso i quali agire in protezione diplomatica nella giurisprudenza tedesca si veda Ress, *La pratique allemande de la protection diplomatique*, in *La protection diplomatique*, cit., pp. 136-137.

⁵³ Si veda la sentenza del 6 novembre 2002 resa dalla Supreme Court of Judicature- Court of Appeal, in *International Legal Materials*, 2003, p. 355 ss.

di incontrarsi con un avvocato, egli era detenuto arbitrariamente. La ricorrente asseriva l'inutilità di rivolgersi alle autorità giudiziarie statunitensi in quanto in precedenza la District Court of Columbia aveva respinto un'azione di cittadini stranieri detenuti a Guantanamo per carenza di giurisdizione in quanto la base navale era sotto la sovranità cubana.

In ordine alla domanda, rigettata in prima istanza, si pronunciava la Corte d'Appello britannica in considerazione dell'importanza delle questioni sollevate quali a) il potere del giudice britannico di sindacare un atto straniero che costituisca violazione di una norma internazionale avente ad oggetto i diritti umani; b) la facoltà del giudice di pronunciarsi su una decisione presa dall'esecutivo relativamente alla condotta degli affari esteri; c) la possibilità di proporre un ricorso in ragione della contestata inazione del Ministro degli Esteri.

Si tratta di questioni collegate con il tema della protezione diplomatica nel caso di violazione di diritti umani compiuti dallo Stato territoriale. La ricorrente sosteneva che la mancata previsione da parte dell'ordinamento statunitense, di mezzi giurisdizionali di controllo sulla legalità della detenzione del proprio figlio, costituiva una violazione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, all'art. 9 del Patto sui diritti civili e politici, all'art. 7 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo. In ordine a tali violazioni, si precisava che il Foreign Commonwealth Office non aveva preso all'«reasonable steps» volti ad assicurare che il governo statunitense modificasse la propria condotta. Il fondamento di tale pretesa era la «growing recognition that International law could and should give rise to individual rights».

Riguardo alla situazione giuridica nella quale si trova il cittadino quando chiede allo Stato nazionale di intervenire in protezione diplomatica, la Corte d'Appello ha asserito che «it must be a normal expectation of every citizen that, if subjected abroad to a violation of a fundamental right, the British Government will not simply wash their hands of the matter and abandon him to his fate».

Relativamente a questo aspetto riguardante l'incidenza che il tipo di violazione subita dal cittadino è suscettibile di avere sulla decisione di intervenire in protezione diplomatica, la Corte ha statuito che l'autorità

statuale deve tenere in considerazione «one vital factor...is the nature and extent of the injustice» aggiungendo che «unless and until he has formed some judgment as to the gravity of the miscarriage, it is impossible for that balance to be properly conducted».

Nella giurisprudenza interna in materia di protezione diplomatica, la sentenza del Tribunale Federale svizzero resa il 2 luglio 2004 nel caso *Groupement X c. Conseil Fédéral*. Trattasi di una sentenza pronunciata a seguito di un ricorso presentato da una società di diritto svizzero per l'annullamento della decisione del Consiglio Federale di rifiuto della protezione diplomatica in merito ad una controversia relativa all'applicazione di un contratto d'appalto concluso fra tale società e l'Organizzazione Europea per la ricerca nucleare (CERN)⁵⁴.

La decisione in esame assume rilevanza in quanto ha per oggetto il problema dell'applicazione di norme convenzionale sulla tutela dei diritti umani, in particolare dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nell'ipotesi in cui lo Stato nazionale abbia deciso di non ricorrere all'esercizio della protezione diplomatica.

In relazione a tale problematica una parte della dottrina, ritiene esistente nel diritto internazionale generale un diritto soggettivo individuale alla protezione diplomatica, a seguito degli sviluppi verificatisi in materia di tutela di diritti fondamentali⁵⁵, mentre altri autori ne limitano l'esistenza all'«ambito di specifici sistemi sulla tutela dei diritti umani, ovvero a quello di sistemi normativi speciali. Al riguardo sembrerebbe anzitutto da escludere l'esistenza di un diritto soggettivo alla protezione diplomatica sulla base del diritto consuetudinario in tema di diritti umani, anche perché la prassi degli organi di controllo sul rispetto di alcuni trattati relativi alla protezione dei diritti umani non appare uniforme. Mentre, infatti, all'interno del sistema interamericano dei diritti dell'uomo l'inosservanza del diritto individuale alla informazione circa la possibilità di avvalersi della protezione consolare ex art. 36 della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari è stata ritenuta una violazione del diritto ad avere un equo processo⁵⁶, nell'ambito della

⁵⁴ Su tale decisione si veda Flauss, *Le contentieux des décisions*, cit., p. 407.

⁵⁵ Bennouna, *La protection diplomatique, un droit de l'Etat?*, Bruxelles, 1998, p. 245 ss.

⁵⁶ Si veda il parere dell'ottobre 1999 n. 16/99, reso dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo in particolare il par. 124 consultabile in *Human Rights Law Journal*, 2000, p. 24 ss.

Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo non è prevista l'esistenza di un diritto dell'individuo alla protezione diplomatica.

Al riguardo è stato posto in evidenza come venga esclusa la violazione dell'art. 6 in relazione alla limitazione di adire un tribunale in tema di controllo giurisdizionale della decisione di rifiuto della protezione diplomatica⁵⁷.

Vista nel quadro dei suddetti orientamenti non univoci della prassi sull'applicazione di norme a tutela dei diritti umani in materia di protezione diplomatica, la decisione del Tribunale federale svizzero nel caso Groupment X riveste, pertanto, un indubbio rilievo di certa importanza. Il tribunale segue in primo luogo l'orientamento della giurisprudenza nazionale esaminato in precedenza, in base al quale gli organi governativi devono decidere di agire in materia di protezione diplomatica in modo legittimo. Secondariamente, sulla base di una interpretazione delle norme costituzionali conforme all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il Tribunale ha sostenuto che il diritto di accesso ad un tribunale indipendente e imparziale deve avvenire nel rispetto delle leggi, anche in considerazione di un controllo sulla decisione governativa di agire in protezione diplomatica.

Concludendo, nell'ambito della prassi interna sulla limitazione del potere discrezionale del governo di esercitare la protezione diplomatica, conviene accennare al caso della legislazione cilena, in base alla quale la richiesta di agire in protezione diplomatica viene comunicata dal Ministero degli Esteri all'avvocato della Corte suprema, che esprime in materia un parere vincolante per il Governo cileno. Quest'ultimo non è, quindi, competente a decidere di esercitare tale azione a protezione del proprio cittadino, pur conservando il potere di scegliere gli strumenti d'intervento ritenuti più opportuni.

Sulla base di quanto esposto è possibile rilevare, in primo luogo il delinearsi della tendenza a garantire al cittadino che richiede l'azione in protezione diplomatica di attivare, sul piano nazionale, un controllo giurisdizionale sulla legittimità della relativa decisione statale⁵⁸, controllo che trova la sua base

⁵⁷ Pustorino, *Recenti Sviluppi*, cit., nota n. 79, il quale fa riferimento alla Corte di Strasburgo del 15 maggio 2001 nel caso *De Dreux-Breze c. France*.

⁵⁸ Flauss, *Le contentieux des décisions*, cit., p. 413.

giuridica nelle disposizioni legislative che garantiscono un esame da parte dei giudici interni delle decisioni deliberate a livello di governo.

L'esame da parte dei giudici interni dovrebbe attenersi, da un lato, all'accertamento della legittimità del diniego d'intervento, dal quale è importante che emerga un corretto temperamento tra gli interessi generali e quelli individuali da parte di organi governativi, tenendo conto, soprattutto, della natura dei diritti violati e della gravità della violazione⁵⁹.

In secondo luogo appare fondato constatare che il controllo giurisdizionale riguarderebbe il contenuto sostanziale dell'azione statale in protezione diplomatica: si giungerebbe cioè a giustificare l'adeguatezza delle misure adottate dallo Stato nazionale rispetto al caso di specie con particolare riferimento alla natura del diritto individuale e della gravità della violazione.

⁵⁹ De Vittor, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2002, pp. 611 e 617, sostiene che nei casi di violazione dei diritti fondamentali sarebbe ipotizzabile una forma di «protezione diplomatica aggravata».

1.4 IL REQUISITO DELLA CITTADINANZA DELL' INDIVIDUO QUALE INDICE DELLA RILEVANZA ATTRIBUITA ALL' INTERESSE DELLO STATO

La prevalenza degli interessi statali rispetto a quelli dell'individuo trova conferma nel primo dei requisiti richiesti perché l'istituto della protezione diplomatica possa trovare attuazione.

La cittadinanza⁶⁰, cioè l'appartenenza dell'individuo allo Stato che intende agire sul piano internazionale per la sua tutela, è, infatti, considerata come la condizione essenziale per l'esercizio della protezione diplomatica.

La dottrina è concorde nell'affermare che solo il cittadino di uno Stato e non qualsiasi individuo ha la possibilità di essere protetto nell'ordinamento internazionale in quanto oggetto di un interesse statale.

E' difficile sostenere che, sul piano positivo, al di fuori di questo vincolo di appartenenza, l'individuo goda di una tutela autonoma e indipendente dagli interessi dei loro Stati nazionali. Significativa l'affermazione: «on fait fausse route quand on veut l'éliminer (il meccanismo attuale della protezione diplomatica) en faveur d'un système international de protection dans lequel l'homme comme tel trouverait, en de hors de tout lien de nationalité, la sauvegarde de ses droits»⁶¹. Nello stesso senso si era pronunciata la Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso *Ferrovia Panevezys-Saldutiskis*⁶² «Ce droit (alla protezione) ne peut être nécessairement exercé qu'en faveur de son National, parce que en absence d'accords particuliers, c'est le lien de nationalité entre l'Etat et l'individu qui seul donne à l'Etat le droit de protection diplomatique».

E' indubbio che il requisito della cittadinanza costituisca un presupposto per la rilevanza giuridica autonoma e immediata dell'individuo nell'ordinamento internazionale, e per una sua efficace tutela, che non è piena ma condizionata, in primo luogo, da quel vincolo di appartenenza.

Questo viene ad assumere in effetti un valore costitutivo, poiché senza la qualifica di cittadino di un determinato Stato non potrebbe neanche

⁶⁰ V. Quadri, *Diritto Internazionale*, cit., p. 651.

⁶¹ V.Ch De Visscher, *Theories*, cit., p.349.

⁶² V. *Publications*, Série A/B N. 76, p. 16.

configurarsi come illecito il comportamento statale che provoca una lesione a quell'individuo.

Quindi quest'ultimo non sarebbe tutelato come tale nell'ordinamento internazionale, ma solo in quanto rientrante nella sfera di sovranità di un determinato Stato, in quanto cioè oggetto di interessi statali.

La prassi degli Stati indica che «la nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs. Elle est, peut-on dire, l'expression juridique du fait que l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un acte de l'autorité, est, en fait, plus étroitement rattaché à la population de l'Etat qui la lui confère qu'à celle de tout autre Etat. Conférée par un Etat, elle ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre Etat qu'à si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'Etat qui en fait son national»⁶³.

Ciò nonostante esistono delle norme internazionali volte alla protezione di determinate categorie di individui e numerosi trattati che sono diretti a garantire il rispetto dei diritti dell'uomo. Il diritto internazionale considera la cittadinanza come il primo presupposto perché l'individuo possa vedere tutelati i propri diritti dal suo Stato di appartenenza in quanto conformi ai suoi interessi generali⁶⁴, fermo restando che l'intervento protettivo è sempre una facoltà degli Stati e non un obbligo, è che il suo esercizio è lasciato alla loro discrezionalità⁶⁵.

⁶³ V. Sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Nottebohm* cit., p. 23.

⁶⁴ V. Durante, *L'accertamento della nazionalità*, cit., p. 66.

⁶⁵ V. P. D e Vissecher, *La protection diplomatique des personnes morales*, in *Recueil des Cours*, 1961, p. 432 ss.

1.5 IL PROBLEMA DELLA DOPPIA CITTADINANZA IN RELAZIONE ALLA PROTEZIONE DEGLI INTERESSI INDIVIDUALI

Il rilievo che l'individuo abbia una doppia cittadinanza, cioè risulti cittadino anche dello Stato autore del comportamento lesivo mette ancora una volta in evidenza come l'interesse abbia la prevalenza sull'interesse del privato⁶⁶.

Una parte della dottrina ha affermato che uno Stato non può esercitare la protezione diplomatica di un proprio cittadino nei confronti di un altro Stato al quale il cittadino ugualmente appartiene.

Il diritto dello Stato alla protezione dei propri cittadini deve essere temperato con il principio per il quale lo Stato è libero di accordare o meno ai cittadini il trattamento più opportuno, rientrando questa materia nel suo dominio riservato⁶⁷.

Esistendo un contrasto tra questi principi di carattere generale, la questione viene risolta sacrificando completamente l'interesse individuale, in quanto viene data la prevalenza a quel criterio che tutela maggiormente la competenza esclusiva degli Stati⁶⁸.

Secondo una diversa concezione tale problematica viene risolta sulla base del criterio dell'effettività della cittadinanza.

Si considera prevalente quella dello Stato al quale il cittadino risulti maggiormente legato di fatto: il reclamo sarà ammissibile se la cittadinanza "effettiva" risulterà quella dello Stato attore. Per l'applicazione del criterio della effettività nella prassi internazionale per quanto riguarda l'ipotesi in esame, vengono in rilievo, i noti casi Nottebohm⁶⁹ e Florence Strunsky-Mergè⁷⁰. Nei medesimi, pur riconoscendo valido il principio, fondato sulla eguaglianza degli Stati, per il quale non può ammettersi la protezione diplomatica nell'ipotesi di doppia cittadinanza, si è affermato che tale circostanza non è sufficiente a paralizzare l'esercizio della protezione diplomatica da parte di uno dei due Stati contro l'altro, ogni volta che possa

⁶⁶ Balladore Pallieri, *La determinazione internazionale della cittadinanza*, Milano, 1957, p. 116 ss.

⁶⁷ V. Giuliano, *La sudditanza*, cit., p. 35 ss.

⁶⁸ Kunz, *The Changing Law*, cit., p. 437.

⁶⁹ V. CJI, *Recueil*, 1955, p. 4 ss.

⁷⁰ Pallieri, *Rivista Diritto Internazionale*, 1956, p. 77 ss.

dirsi che la cittadinanza dello Stato reclamante costituisce quella effettiva, prevalente.

Lo stesso criterio viene accolto quando l'individuo da proteggere sia cittadino di due Stati che contemporaneamente rivendichino il diritto di intervenire nei confronti di un terzo Stato autore dell'evento lesivo⁷¹.

Questa soluzione, ispirata al criterio dell'effettività, rientra nella logica della preminenza attribuita agli interessi statali a scapito di quelli individuali.

Volendo attribuire, infatti, una autonoma rilevanza agli interessi degli individui, si dovrebbe riconoscere ad essi la possibilità di scegliere a quali dei due Stati rivolgersi, cioè a quello Stato che essi ritengono maggiormente idoneo a tutelare i propri interessi.

Secondo un altro orientamento l'azione internazionale tutelerebbe esclusivamente l'interesse dell'individuo, sul quale l'interesse statale troverebbe il suo fondamento. Nel confutare, infatti, la tesi in base alla quale a fondamento dell'azione internazionale tesa alla protezione dei cittadini deve sempre sussistere un diritto statale che ne legittimi la proponibilità, pone in evidenza il fatto che l'individuo cambiando la cittadinanza priverebbe il primo Stato della possibilità di proporre il reclamo internazionale sulla base del principio di continuità della nazionalità⁷². In base a questo principio la cittadinanza deve sussistere dal momento in cui si è verificato l'evento illecito fino al momento della presentazione del reclamo e se è stato investito della soluzione della controversia un organo internazionale fino al momento della sua decisione.

Il conflitto tra i due Stati in presenza di una lesione di un diritto soggettivo dovrebbe essere risolto indipendentemente dai mutamenti di cittadinanza dell'individuo.

L'applicazione di questo principio ha incontrato notevoli opposizioni in dottrina⁷³.

Si sostiene che, se l'istituto della protezione diplomatica avesse come fine la tutela degli interessi individuali, il nuovo Stato potrebbe sostituirsi al vecchio nell'azione e se questo non fosse possibile è evidente che l'esistenza di una lesione dell'interesse del privato non è sufficiente per rendere legittimo

⁷¹ Schwarzenberger, *International Law*, cit., I, p. 366.

⁷² Witemberg, *L'organisation judiciaire*, cit., p. 163 ss.

⁷³ Durante, *L'accertamento della nazionalità*, cit., p. 54 ss.

l'esercizio dell'azione internazionale, in quanto non può configurarsi la violazione di un diritto soggettivo del nuovo Stato.

La circostanza, inoltre, che il procedimento volto ad accertare la responsabilità sia promosso da uno Stato piuttosto che da un altro non influisce sul meccanismo che si mette in moto con la protezione diplomatica.

Perché sussista un rilievo autonomo dell'interesse dell'individuo occorrerebbe dare rilievo alla volontà dell'individuo che indica lo Stato legittimato a proteggerlo. La soluzione accolta si dimostra carente nella protezione dell'interesse individuale. Gli interessi individuali non godono, dunque, di alcuna autonoma garanzia nell'ordinamento interenazionale, essendo sempre richiesto un interesse dello Stato.

La dottrina sembra propensa a negare che l'interesse individuale e la sua protezione costituisca il fine e il fondamento dell'intervento protettivo e ad identificare apoditticamente l'interesse dello Stato con l'interesse dell'individuo ad essere protetto.

Quindi la protezione diplomatica non può essere isolata dall'attività politica di uno Stato sia sotto l'aspetto economico che riguardo allo sviluppo delle relazioni internazionali⁷⁴.

La protezione è esercitata dallo Stato solo quando corrisponda agli interessi di cittadini o di società che si trovano in una posizione preminente, di potere, nel quadro politico-economico dello Stato. Ma anche in tale ipotesi, la protezione internazionale risponde per l'appunto a precise esigenze statali, nei limiti in cui e fin tanto che essi si identificano con gli interessi dei gruppi dominanti o della classe politica al potere⁷⁵.

Le considerazioni di cui sopra trovano conferma nella prassi ove sempre meno gli Stati si avvalgono degli schemi classici della protezione diplomatica, impostando il loro intervento non in funzione delle esigenze dei privati ma per svolgere un'azione di salvaguardia di interessi più vasti⁷⁶.

⁷⁴ V. Ch. De Visscher, *Théories*, cit., p. 342.

⁷⁵ V. Carabiber, *L'arbitrage International*, cit., p. 119 ss.

⁷⁶ Nell'ambito di tali procedimenti, gli interessi individuali sembrano perdere ogni autonoma garanzia, v. in tal senso Lillich, *The Protection*, cit., p. 166.

Per altri esempi v. Mengozzi, *L'efficacia in Italia di altri stranieri di potestà pubblica su beni privati*, Milano, 1967, p. 74 ss.

1.6 PROTEZIONE DIPLOMATICA E INTERESSE LEGITTIMO DELL'INDIVIDUO

Vari Stati hanno addotto, spesso congiuntamente alla legittima difesa (la cui invocazione costituisce la fondamentale eccezione al divieto dell'uso della forza nel sistema delle Nazioni Unite) il potere-dovere degli Stati di tutelare la via dei propri cittadini all'estero⁷⁷.

L'uso della forza per tutelare l'incolumità dei propri cittadini all'estero veniva considerato senz'altro lecito nel diritto internazionale classico⁷⁸; è problematico che esso sia ammissibile nel sistema delle Nazioni Unite.

Tale ammissibilità potrebbe essere sostenuta ove, in conformità ad un indirizzo dottrinale, si ritenesse che esso costituisca una manifestazione del diritto di legittima difesa⁷⁹.

Con sentenza del 19 ottobre 2011 n. 21581, la Cassazione, a sezioni unite, accoglie il ricorso di una società privata, che svolgeva attività di collegamento marittimo fra l'Italia ed il Marocco in base ad un accordo internazionale concluso fra i due Paesi il 15 aprile 1982⁸⁰, ritenendo sussistente l'interesse legittimo di tale società a contestare in sede giurisdizionale la legittimità del contegno omissivo tenuto dal Governo italiano a seguito della mancata autorizzazione dell'amministrazione marocchina a continuare l'attività commerciale in oggetto. Per tale motivo, la Cassazione annulla la decisione del Consiglio di Stato⁸¹ impugnata dalla ricorrente e rinvia nuovamente gli atti al giudice amministrativo per un nuovo giudizio.

La decisione della Cassazione, la quale dimostra di conoscere sia il progetto della Commissione del diritto internazionale sulla protezione diplomatica, sia la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in materia (par. 4.2 della sentenza, che richiama la sentenza della Corte sulle eccezioni

⁷⁷ Più precisamente, in base al diritto internazionale generale, lo Stato ha il diritto di proteggere i suoi cittadini all'estero; il dovere di protezione dello Stato può trovare fondamento giuridico solo negli ordinamenti interni: vedi per tutti Borchard, *Les principes de la protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, in *Bibliotheca Visseriana*, III, Lugduni Batavorum, 1924, p. 1 ss. Nella dottrina italiana, per talune interessanti considerazioni in argomento, vedi Battaglini, *La protezione diplomatica delle società*, Padova, 1957, p. 86 ss.

⁷⁸ Vedi Westlake, *Etudes sur les principes du droit International*, 1985, p. 110.

⁷⁹ Potter, *L'intervention en droit International moderne*, 1930 p. 609 ss.

⁸⁰ Legge di esecuzione 24 luglio 1985 n. 433.

⁸¹ Pustorino, *Rivista Diritto Internazionale*, 2010, p. 1280 ss.

preliminari del 24 maggio 2007 resa nell'affare *Ahmadou Sadio Diallo*⁸², costituisce uno sviluppo di un certo rilievo in tema di protezione diplomatica, con particolare riferimento alla possibilità per l'individuo di contestare l'eventuale inerzia dello Stato nazionale a tutelare le situazioni giuridiche individuali lese all'estero.

Fino a questo momento, infatti, sia la giurisprudenza amministrativa, sia quella della stessa Cassazione, deponevano in senso negativo circa la possibilità di sindacare l'operato del Governo in tema di protezione, salva l'esistenza al riguardo di norme speciali. La rilevanza di questa decisione è tuttavia ridimensionata dall'affermazione contenuta nella sentenza, secondo cui il caso di specie non rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'istituto della protezione diplomatica, bensì troverebbe unicamente la sua disciplina nella legge 3 marzo 1987 n. 69⁸³. Nonostante questa inopportuna precisazione, frutto di un'evidente confusione fra l'operatività a livello internazionale della protezione diplomatica e la previsione a livello nazionale di strumenti atti a verificare la legittimità dei congegni governativi assunti a fronte di una richiesta individuale di tutela, il nuovo orientamento della Cassazione merita alcune considerazioni.

Un primo punto è costituito dal fondamento giuridico delle argomentazioni utilizzate dalla Cassazione, che è costituito esclusivamente dal diritto interno italiano, ed in particolare dalla già citata legge n. 1987/69. Essa prevede (articoli 2 e 3) l'istituzione di una commissione, composta prevalentemente da rappresentanti ministeriali, avente da un lato il compito di accertare eventuali lesioni agli interessi della marina mercantile italiana, dall'altro di proporre al Governo misure di tutela a favore delle persone fisiche e giuridiche vittime di tali lesioni. Per quanto poco efficace, il meccanismo di protezione appena descritto è stato talvolta attivato con successo, dando luogo all'adozione, da parte del Governo italiano, su proposta della commissione anzidetta, di misure restrittive nei confronti di navi di proprietà o noleggiate da società marocchine di navigazione a seguito di violazioni dell'accordo del 1982 ad opera del Marocco⁸⁴. In proposito, va peraltro

⁸² *Repubblica Guinea c. Repubblica democratica del Congo*.

⁸³ «Disposizioni per la difesa della Marina mercantile italiana».

⁸⁴ Sul punto si veda, ad esempio, Ministero dei trasporti e della navigazione, decreto 3 settembre 1999, adottato a seguito della violazione dei diritti di una società di navigazione genovese che effettuava un servizio marittimo di linea fra Italia e Marocco.

precisato che la commissione istituita dalla legge 1987/69 non si pronuncia su richiesta dei privati e, in ogni caso, non è dotata di poteri vincolanti, limitandosi a raccomandare al Governo le misure da prendere a difesa degli interessi commerciali degli operatori marittimi. L'esecutivo può quindi ignorare del tutto quanto proposto dalla commissione e decidere di non intervenire, oppure assumere comportamenti diversi da quelli raccomandati dalla commissione. È, in sintesi, il Governo italiano che può discrezionalmente agire sulla base della legislazione italiana in questione in linea con quanto previsto dal diritto internazionale in tema di protezione diplomatica.

Il richiamo della sola legislazione italiana quale fondamento della tutela di interessi individuali di soggetti vittime di lesioni all'estero conferma che è proprio sulla base del diritto interno che è possibile far emergere diritti o interessi individuali finalizzati ad attenuare la discrezionalità dello Stato nazionale in materia di protezione diplomatica. Questo obiettivo può essere perseguito sia con la previsione, negli ordinamenti giuridici nazionali, di disposizioni normative di rango costituzionale che prevedano l'obbligo dello Stato di agire in protezione diplomatica⁸⁵.

Ovviamente, le norme interne risultano di maggiore efficacia, in relazione alla finalità di proteggere in modo effettivo gli individui i cui diritti siano stati lesi, qualora vengano interpretate in senso conforme al regime normativo internazionale sui diritti umani, come dimostrato, ad esempio, dai casi *Abbasi* Court of Appeal (Civil Division)⁸⁶ e *Kaunda*⁸⁷.

Veniamo adesso allo specifico strumento giuridico utilizzato dalla Cassazione per consentire all'individuo di contestare l'azione governativa nel caso in esame. È da notare che il ricorso all'interesse legittimo, al fine di tutelare la posizione di privati in relazione all'applicazione di norme

⁸⁵ Per un'ampia rassegna al riguardo si veda il primo rapporto sulla protezione diplomatica presentato dal relatore speciale Dugard alla Commissione del diritto internazionale, in particolare il commentario all'art. 4 del relativo progetto, che enuncia, a certe condizioni, un obbligo di intervento in protezione diplomatica per violazione di norme di *jus cogens*. Paragrafi 75-93 del rapporto, doc. A/CN.4/506 del 7 marzo 2000.

Per un'analisi di questa disposizione si veda PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, *Rivista*, 2008, p. 719 ss.

⁸⁶ *Abbasi v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, *Int. Legal Materials*, 2003, p. 355 ss.

⁸⁷ Corte costituzionale del Sud Africa, 4 agosto 2004, *ivi*, 2004, p. 173 ss.

internazionali che coinvolgono diritti o interessi individuali, era già stato prospettato in dottrina⁸⁸.

Premesso che la teoria dell'interesse legittimo non appare « esportabile » in altri ordinamenti nazionali, trattandosi di un'affermazione frutto di tradizioni ed esperienze giuridiche maturate esclusivamente nel nostro Paese, ci sembra tuttavia che le conseguenze derivanti dall'applicazione di questa teoria nell'ordinamento italiano siano in sostanza analoghe a quelle ricavabili dalla giurisprudenza nazionale di altri Paesi che, negli ultimi anni, ha cercato di ridimensionare l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto allo Stato in materia di protezione diplomatica. Si tratta, in particolare, dell'obbligo di motivazione del provvedimento di diniego circa l'intervento in protezione diplomatica, dei caratteri della ragionevolezza e della non arbitrarietà della decisione adottata, della proporzionalità delle misure concretamente adottate rispetto alla violazione individuale subita ecc. Interpretata alla luce degli orientamenti giurisprudenziali di altri Stati, la sentenza della Cassazione rivela per un verso le sue potenzialità di sviluppo nella stessa giurisprudenza italiana, una volta che (si spera) vengano superate le incertezze di qualificazione della fattispecie riscontrabili in questa decisione; per altro verso, essa può contribuire a consolidare una *communis opinio* nella giurisprudenza nazionale finalizzata ad affermare la convinzione che lo Stato nazionale non sia più totalmente libero di agire in tema di protezione diplomatica, bensì debba tenere in considerazione la natura e la gravità della violazione individuale nonché motivare in modo adeguato il contegno che intende assumere a livello internazionale secondo i parametri della ragionevolezza e della proporzionalità.

La sentenza in esame potrebbe ulteriormente leggersi come effetto dell'invito formulato agli Stati, in forma di pratica raccomandata, dalla Commissione del diritto internazionale di tenere in considerazione la possibilità di agire in protezione diplomatica, almeno con riguardo ai casi riguardanti lesioni significative subite da privati⁸⁹. Un'ultima considerazione merita di essere formulata. Si tratta del rispetto, nel caso di specie, della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni. La sentenza della Cassazione non si pone il problema in esame, il che appare in qualche misura coerente con

⁸⁸ Sperduti, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano, 1950, p. 97 ss.

⁸⁹ Art. 19 del già richiamato progetto di articoli sulla protezione diplomatica.

l'impostazione erronea da essa seguita circa l'estraneità della vicenda in questione rispetto all'istituto della protezione diplomatica. Il problema era stato invece sviluppato dal Consiglio di Stato nella sentenza annullata dalla Cassazione, il quale aveva aderito alla tesi della natura sostanziale della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, affermando che « finché tali rimedi esistono, e quindi lo Stato ha la possibilità di eliminare l'azione illecita o di fornire allo straniero leso una adeguata riparazione, le norme sul trattamento dello straniero non possono nemmeno ritenersi violate » (par. 7 della sentenza)⁹⁰. Per affrontare la questione in esame occorre partire dalla considerazione che, nell'accordo fra Italia e Marocco prima citato, è prevista una norma in materia di risoluzione delle controversie relative all'interpretazione ed all'applicazione dell'accordo (art. 19). Essa prevede a questo scopo l'istituzione di una «commissione mista permanente» e stabilisce che, qualora la controversia non possa risolversi attraverso le misure proposte da tale commissione, le parti contraenti «si riservano la possibilità di adire, di comune accordo, un arbitro, che abbia il gradimento di ambedue». Potrebbe quindi ritenersi che i mezzi interstatali di risoluzione delle controversie previsti dall'accordo siano esclusivi, nel senso appunto di escludere altri strumenti interni o internazionali di risoluzione della controversia concreta. Tuttavia questa ricostruzione, oltre a non trovare adeguato fondamento nella norma pattizia appena analizzata, che non si occupa di protezione diplomatica, non convince in quanto priverebbe l'individuo leso dell'unica possibilità che si trova a sua diretta disposizione, e cioè l'esaurimento dei mezzi interni di ricorso previsti dai rispettivi ordinamenti giuridici. Ne consegue che, ferma restando la possibilità per il Governo italiano di attivare gli strumenti interstatali di risoluzione della controversia concreta previsti dall'art. 19 sopra analizzato, ogni intervento o misura inquadrabile nella protezione diplomatica dovrebbe essere preceduto dall'esaurimento dei ricorsi interni ad opera della società lesa nei suoi interessi commerciali.

⁹⁰ Per le diverse ricostruzioni dottrinali in tema di natura della regola anzidetta, si veda Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, p. 57 ss.

1.7 SVILUPPI IN MATERIA DI PROTEZIONE DIPLOMATICA CON RIFERIMENTO ALLA TUTELA DEI DIRITTI INDIVIDUALI DEGLI APOLIDI E DEI RIFUGIATI

Un altro profilo evolutivo ravvisabile in materia di protezione diplomatica si fonda sulla necessità di colmare determinate lacune normative in tema di tutela di categorie speciali di persone, quali gli apolidi e i rifugiati. Anche in questo caso appare legittimo ritenere che gli sviluppi rilevabili nel quadro della protezione diplomatica derivino sostanzialmente dall'evoluzione della disciplina internazionalistica a tutela dei diritti fondamentali degli apolidi e dei rifugiati⁹¹.

L'esigenza di provvedere alla salvaguardia delle situazioni giuridiche soggettive delle persone prive di cittadinanza e dei rifugiati è stata accolta dalla Commissione del diritto internazionale, che ha appunto introdotto nel progetto di articoli sulla protezione diplomatica una regola, ispirata dichiaratamente allo sviluppo progressivo del diritto internazionale, che consente allo Stato di residenza dell'apolide o del rifugiato di agire a tutela di tali soggetti⁹². Occorre notare in proposito che, in merito all'applicazione della regola in esame alla tutela del rifugiato, la Commissione non ha inteso limitarne la portata facendo rinvio alla nozione di rifugiato contenuta nell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo status dei rifugiati, oppure alle altre definizioni contenute negli strumenti convenzionali di carattere regionale esistenti in materia. Secondo la Commissione, infatti, il mancato riferimento ad una nozione predeterminata di rifugiato avrebbe appunto lo scopo "to allow the State to extend diplomatic protection to any person that is considered and treated as a refugee"⁹³.

L'inserimento della regola sulla tutela degli apolidi e dei rifugiati e l'estensione del suo campo di applicazione sembra fornire un elemento a riprova delle tendenze evolutive riscontrabili in tema di titolarità del diritto di

⁹¹ V. *Report of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 669, in particolare p. 678.

⁹² Flauss, *Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme*, 2003, p. 20 ss.

⁹³ Di estremo interesse è la proposta del Relatore speciale Dugard nel senso di configurare un «right of State of which injured person is not a National to exercise diplomatic protection on behalf of a person if a breach of a *jus cogens* norm has refused to exercise protection» (*First Report*, cit., p. 60).

agire in protezione diplomatica, diritto non più appartenente in via esclusiva allo Stato nazionale, ma che viene ormai condiviso da altri soggetti statali e non statali (ad esempio, alcune organizzazioni internazionali) legittimati ad intervenire, in via diretta o sussidiaria, allo scopo di realizzare una tutela effettiva dell'individuo.

L'evoluzione del regime sulla tutela dei diritti umani ha inciso non soltanto sull'applicazione del principio d'intervento dello Stato nazionale sotto il profilo "attivo", relativo cioè alla titolarità del potere di azione a favore dei propri cittadini, ma sembrerebbe poter comportare effetti di rilievo anche riguardo al profilo "passivo" del principio, concernente l'ipotesi di azioni in protezione diplomatica condotte nei confronti dello Stato nazionale dell'individuo oggetto di tutela. L'eventuale accoglimento nella prassi di interventi nei confronti di uno Stato nazionale risulterebbe di grande importanza in quanto sarebbe espressione da un lato della prevalenza, in tema di protezione diplomatica, degli interessi individuali rispetto agli interessi statali e, d'altro lato, di una maggiore convergenza fra l'istituto della tutela dei diritti dell'uomo e quello della protezione diplomatica.

Particolarmente rilevante risulta pertanto la posizione assunta in materia dalla Commissione del diritto internazionale che ha espressamente ammesso, pur in presenza di una prassi non del tutto uniforme al riguardo⁹⁴, l'esercizio dell'azione diplomatica da parte di uno Stato nazionale nei confronti di uno Stato di cui l'individuo è altresì cittadino, limitandola tuttavia all'ipotesi in cui "the nationality of the former State is predominant, both at the time of the injury and at the date of the official presentation of the claim".

L'adozione della regola in questione, che secondo la stessa Commissione "is consistent with developments in international human rights law, which accords legal protection to individuals, even against a State of which they are nationals", appare di grande rilievo in primo luogo perché fornisce un ulteriore elemento a favore della tesi dell'indebolimento del principio dello Stato nazionale anche sotto l'aspetto negativo, non costituendo infatti un argine all'azione esercitata dallo Stato di cittadinanza prevalente nei confronti

⁹⁴ Riguardo alla protezione diplomatica degli apolidi, occorre osservare che i lavori dell'Istitut de droit International sulla protezione diplomatica, avevano già messo in luce che una possibile norma internazionale in tale materia dovesse rispondere alla necessità di riconoscere un «certain standard minimum de traitements des apatrides» (*Annuaire de l'Istitut de droit International*, 1965, vol. I, p. 147).

di un altro Stato nazionale. In secondo luogo, essa conferma la flessibilità e l'evoluzione particolare riscontrabili nell'applicazione delle regole in materia di protezione diplomatica, che, come si è visto, tendono in linea generale ad abbandonare il criterio del genuine link quale presupposto per legittimare l'azione statale, accogliendone integralmente il contenuto quando si tratta di verificare l'ammissibilità della protezione contro uno Stato nazionale⁹⁵.

Anche in questo caso appare legittimo ritenere che l'accertata flessibilità nell'applicazione delle regole sulla protezione diplomatica derivi principalmente dall'esigenza di tutelare nella misura più ampia possibile i diritti individuali lesi nella fattispecie concreta. Inoltre, come si è accennato in precedenza, l'ipotesi prospettata dalla Commissione sembra confermare gli elementi di contatto fra l'istituto della protezione diplomatica e quello della tutela dei diritti umani che, pur essendo distinti e assegnando soprattutto un ruolo assai diverso sia agli Stati, sia agli individui nel contesto delle rispettive discipline normative, mostrano alcuni segni di coordinamento nella prassi.

Al termine dell'analisi relativa all'individuazione dello Stato nazionale legittimato ad agire si possono già mettere in luce alcuni sviluppi rilevanti dell'istituto della protezione diplomatica, che sembrano derivare principalmente dall'evoluzione parallela della disciplina sulla tutela dei diritti umani.

Si è visto in particolare che i mutamenti riscontrabili in tema di protezione diplomatica evidenziano complessivamente l'esigenza di predisporre strumenti più adeguati alla tutela degli interessi di carattere individuale, superando pertanto l'impostazione tradizionale dell'istituto che si fondava sulla valutazione esclusiva degli interessi da parte dello Stato nazionale. Vengono pertanto a mutare gli obiettivi di fondo della protezione diplomatica, che non consistono più soltanto nella tutela degli interessi statali, ma tendono invece ad apprestare una protezione maggiore ed effettiva degli individui in quanto tali, senza che sia sempre decisivo l'accertamento della loro nazionalità⁹⁶.

Più specificamente, con riferimento al problema della determinazione dello Stato che può agire in protezione diplomatica, si è messo in luce che gli sviluppi in tema di ampliamento del numero di Stati legittimati ad agire è

⁹⁵ V. Pustorino, *Recenti sviluppi*, cit., p. 72.

⁹⁶ V. Condorelli, *La protection diplomatique*, cit., p. 18.

motivato prevalentemente da considerazioni di protezione dei soggetti i cui diritti individuali vengono violati, in particolare dal bisogno di superare situazioni di disinteresse o impossibilità di un singolo Stato a intervenire; oppure dalla necessità di fronteggiare situazioni speciali di emergenza, che non trovano un'adeguata regolamentazione a livello normativo (ad esempio per la tutela dei rifugiati e degli apolidi); oppure dall'esigenza di reagire a violazioni dei diritti individuali imputabili allo stesso Stato nazionale.

Si tratta inoltre di una tendenza della prassi che denota, sempre con riferimento all'individuazione del Paese legittimato ad intervenire, l'introduzione di criteri più flessibili di applicazione delle regole in tema di protezione diplomatica. Ciò implica la difficoltà di individuare preventivamente lo Stato che ha facoltà di intervenire a tutela dell'individuo leso, dovendosi infatti rilevare che la determinazione dello Stato che può agire va realizzata soltanto in base alle caratteristiche peculiari del caso di specie ed alla luce delle nuove finalità di tutela più ampia degli interessi individuali. Si è visto di conseguenza che è configurabile l'ipotesi di una pluralità di Stati potenzialmente legittimati ad agire (ad esempio per la protezione diplomatica esercitata dai Paesi dell'Unione europea in sostituzione dello Stato membro non rappresentato all'estero); oppure il caso della protezione esercitata da parte di un unico Stato a favore di individui di diversa cittadinanza (con riferimento agli sviluppi riscontrati nel diritto del mare); oppure ancora la possibilità di una rapida sostituzione dello Stato legittimato ad intervenire in considerazione della particolare variabilità dei presupposti dell'azione in protezione diplomatica (ad esempio nel caso dell'intervento statale basato sul criterio della residenza dell'individuo).

1.8 ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE IN MERITO AD UNA AUTONOMA RILEVANZA DEL DIRITTO DELL'INDIVIDUO LESO

Uno dei punti fermi nella prassi internazionale in materia di protezione diplomatica è costituito dall'assoluta discrezionalità dello Stato nazionale non soltanto in relazione all' *an* di un suo intervento, ma altresì con riferimento al contenuto ed alla durata dell'eventuale azione, senza che abbiano alcuna rilevanza sostanziale gli interessi individuali oggetto dell'eventuale protezione da parte dello Stato nazionale.

In materia, di particolare chiarezza appare la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso della *Barcelona Traction* quando vi si afferma che «within the limits prescribed by International law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit... The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease»⁹⁷.

Va però messo in rilievo che decisioni meno recenti sembrerebbero da interpretare nel senso che lo Stato nazionale può agire anche per la violazione di un diritto materiale, previsto da norme internazionali, di cui è titolare in via esclusiva il proprio cittadino. Ad esempio, nella nota e più volte già citata sentenza della Corte permanente di Giustizia Internazionale del 1924 nel caso *Mavrommatis* si è statuito che lo Stato nazionale può decidere di intervenire in protezione diplomatica, agendo quindi a tutela di diritti individuali che possono essere riconosciuti anche da norme internazionali.

Nello stesso senso la sentenza della Corte permanente del 30 agosto 1924, *Grecia c. Regno Unito*⁹⁸, nella quale la Corte chiarisce, peraltro, che il diritto di agire in protezione diplomatica costituisce una prerogativa di natura statale. La controversia in questione riguardava in particolare il rispetto dei diritti acquisiti, riconosciuti a livello internazionale, di un cittadino greco che aveva stipulato con il Governo ottomano una serie di contratti per l'esecuzione di lavori pubblici in Palestina, contratti che erano stati

⁹⁷ V. ICJ, *Reports*, 1970, p. 44.

⁹⁸ V. PCIJ, *Publications*, Series A, n. 2, p. 12.

successivamente disconosciuti dalle autorità britanniche subentrate, come è noto, in base ad un mandato della Società delle Nazioni.

Per una più netta presa di posizione a favore della tesi che considera lo Stato nazionale quale soggetto che agisce in protezione di diritti individuali, va ricordata la sentenza resa nel 1959 della Corte Internazionale di Giustizia, nel caso *Interhandel*, quando, con particolare riguardo al problema della sussistenza nel diritto internazionale generale della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, quest'ultima afferma che «the rule has been generally observed in cases in which a State has adopted the cause of its nationals whose rights are claimed disregarded in another State in violation of International law»⁹⁹.

Indicazioni più nette in materia possono, tuttavia desumersi dall'analisi della giurisprudenza internazionale più recente.

Di particolare importanza appare anzitutto il consolidamento dell'opinione giurisprudenziale circa la possibile coesistenza, in una stessa fattispecie, di diritti spettanti ai singoli cittadini ed ai rispettivi Stati nazionali, che possono trovare fondamento nella medesima norma internazionale e dare luogo ad una contestuale reazione a livello statale.

Di grande rilievo sotto questo profilo la più recente sentenza, di un contenuto analogo, emanata dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *LaGrand*.

La vicenda vede coinvolti Walter e Karl LaGrand, due fratelli di cittadinanza tedeschi, residenti negli Stati Uniti, che erano stati arrestati nel 1982 in relazione ad una rapina in una banca dell'Arizona, nel corso della quale era rimasto ucciso il direttore della banca. Sottoposti a processo furono condannati entrambi alla pena di morte senza che le autorità statunitensi li avessero informati del loro diritto di rivolgersi alle proprie autorità consolari come previsto dall'art. 36, par. 1 lett b) della Convenzione di Vienna del 24 Giugno 1963 sulle relazioni consolari, di cui sia gli Stati Uniti che la Germania erano parti al momento dell'arresto. Durante il processo l'avvocato non aveva eccepito la violazione dell'art. 36 né aveva chiesto di potersi rivolgere alle autorità consolari tedesche, le quali furono informate nel 1992 dai fratelli LeGrand. Nel 1998 le autorità americane comunicarono formalmente il loro diritto a ricorrere alle rispettive autorità consolari, ma nel

⁹⁹ Si veda la sentenza del 21 Marzo 1959, Svizzera c. Stati Uniti d' America, in *Report*, 1959, p. 27.

gennaio 1999 la Corte suprema decise che i due fratelli dovevano essere giustiziati. Dopo vari tentativi diplomatici falliti e dopo l'esecuzione, la Germania ricorse alla Corte internazionale di Giustizia. Nella prima decisione la Corte stabiliva che l'art. 36, par.1, della Convenzione di Vienna del 24 giugno 1963 sulle relazioni consolari, relativo all'obbligo da parte dello Stato territoriale di informare uno straniero sottoposto a misure di arresto o detenzione della possibilità di rivolgersi all'ufficio consolare del proprio Stato da vita ad un obbligo di natura interstatale.

La Corte, inoltre, nel prendere in esame in modo analitico il par. 1 art. 36, ha constatato che esso istituisce un regime giuridico composto da elementi interdipendenti volti a facilitare l'applicazione del sistema della protezione consolare.

Riguardo alla natura del diritto previsto nella Convenzione di Vienna va ricordata la posizione assunta dalla Germania secondo cui «le droit de l'intérêt d'être informé sans retard aux termes du par. 1 de l'art. 36 de la convention de Vienne sur les relations consulaires n'était pas seulement un droit individuel, mais avait aujourd'hui acquis le caractère d'un droit de l'homme... le caractère de droit de l'homme que revêt le droit prévu à l'article 36 rend l'effectivité de cette disposition plus impérieuse encore».

Inoltre la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti umani degli individui che non sono cittadini del paese in cui vivono, adottata con la risoluzione dell'Assemblea Generale n. 40/144 il 13 dicembre 1985, conferma l'opinione che il diritto a rivolgersi al consolato del paese di origine, così come l'informazione relativa a tale diritto, costituiscono diritti individuali degli stranieri e devono essere considerati come diritti umani degli stessi.

Opposta la posizione assunta dagli Stati Uniti: non vi sarebbe un parallelismo tra il caso in oggetto e la protezione diplomatica che si ha quando uno Stato si fa carico delle pretese a carattere economico dei propri cittadini. Il diritto dello Stato di fornire assistenza consolare ai propri cittadini e il diritto di uno Stato che decide di farsi carico delle pretese dei propri cittadini attraverso la protezione diplomatica sono concetti giuridici differenti. Va tenuto presente che i diritti di notifica consolare e di accesso previsti dall'art. 36 della Convenzione di Vienna sono diritti degli Stati e non degli individui.

La Corte, comunque, ha affermato che il diritto sostanziale dell'individuo appare distinto e tutelabile in via autonoma, anche se il diritto o la legittimazione processuale avanti alla Corte appartiene solo allo Stato. In tal senso si è pronunciata anche la Corte interamericana dei diritti dell'uomo nel parere reso su richiesta del Messico, il 1 ottobre 1999¹⁰⁰, nel quale ha affermato il carattere evolutivo dell'art. 36, rispetto al diritto internazionale classico evidenziando la natura del diritto all'assistenza consolare come propria della protezione internazionale dei diritti dell'uomo.

Una ulteriore conferma della flessibilità delle regole in tema di protezione diplomatica è offerta in un contesto del tutto particolare, dalle conclusioni cui è pervenuto il Tribunale internazionale per il diritto del mare nella sentenza del 10 luglio 1999 relativa al caso della nave *M/V Saiga*. Nella decisione in questione si afferma, infatti, che lo stato di registrazione della nave è legittimato ad agire a tutela anche dei membri dell'equipaggio, senza che al riguardo rilevi la loro nazionalità. Secondo il ragionamento seguito dal tribunale le disposizioni rilevanti della Convenzione di Montego Bay del 1982, sulla base della quale il caso è stato deferito al Tribunale di Amburgo, andrebbero interpretate nel senso di considerare «a ship as a unit» e pertanto «the ship, every thing on it, and every person involved or interested in its operation are treated as an entity linked to the flag State. The nationalities of these persons are not relevant»¹⁰¹.

In ultima analisi, la prassi internazionale, con riferimento ad una fattispecie complessa, che può implicare la lesione di diritti di natura statale e di diritti individuali attribuiti a soggetti di diversa nazionalità, sembra deporre nel senso di accogliere il criterio della concentrazione delle numerose pretese potenzialmente presentabili da più Stati, consentendo più specificamente anche nei confronti dei privati di nazionalità straniera.

Analogamente alle ipotesi in precedenza considerate, è evidente che con questa sentenza si tende a tutelare gli individui in Stati che non hanno un interesse alla loro tutela fondato sul vincolo della cittadinanza, il cui

¹⁰⁰ Sentenza OC-16/99, spec par. 82 e 115.

¹⁰¹ Si veda il par. 103 della sentenza relativa alla controversia fra Sint-Vincenz e Grenadine e Guinea per il sequestro della nave e per l'arresto e detenzione del relativo equipaggio di diversa nazionalità, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2000, p. 525.

contenuto trova integrale conferma nella successiva decisione adottata dal Tribunale il 18 dicembre 2004.

Tale orientamento della prassi in tema di legittimazione ad agire in protezione diplomatica deve, inoltre, essere messo in relazione con la corrispondente tendenza del diritto internazionale ad erodere progressivamente la *domestic jurisdiction* dello Stato nazionale con riguardo ai criteri di attribuzione ed alla disciplina della cittadinanza. Anche in questo ambito appare particolarmente chiara l'incidenza del regime in materia di tutela dei diritti dell'uomo, come adeguamento messo in luce nel parere reso il 19 gennaio 1984 dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo. Secondo la Corte, infatti, se nella concezione classica la nazionalità era concepita come un attributo che lo Stato concedeva ai suoi cittadini, attualmente si sta affermando un concetto di nazionalità che riveste il carattere di un diritto della persona.

La regola, che sembrerebbe avere acquisito natura consuetudinaria, legittima, nel caso di una persona fisica dotata di diverse cittadinanze, l'azione condotta in protezione diplomatica da più Stati nazionali con riferimento alla medesima violazione e nei confronti di uno Stato non nazionale. Questa regola trova un precedente rilevante nelle conclusioni della sentenza arbitrale dell'8 giugno 1932 riguardante la controversia tra Stati Uniti ed Egitto nel caso *Salem*¹⁰², nelle quali si afferma, infatti, che, nel caso di doppia nazionalità, «a third Power is not entitled to contest the claim of one of the two powers»¹⁰³.

¹⁰² V. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. II, p. 1188.

¹⁰³ V. art. 6 del Progetto del 2006 in *General Assembly Official Records*, Fifty-seventh session, Supplement No. 10 (A/57/10).

1.9 LO STATO RESPONSABILE INTERNAZIONALMENTE NELL'ESERCIZIO DELLA SUA MISSIONE SULLA BASE DELLA CEDU

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, può accertare violazioni commesse dagli Stati del Consiglio d'Europa, rispetto ai diritti sanciti dalla CEDU (Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

La Corte è dotata di una competenza sovranazionale nella misura in cui può imporre degli obblighi, infliggere la condanna, influire sulla condotta delle questioni di uno Stato senza quest'ultimo vi abbia dato il consenso anteriormente. Le norme di diritto internazionale classico hanno, dunque, tendenza a svanire dopo che lo Stato ratifica la convenzione e i suoi protocolli, che sono, essi stessi, sempre sottoposti alle abituali norme del diritto dei trattati come contenuti della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 nello *jus cogens*.

Bisogna sviluppare alcuni punti per dimostrare l'attuazione della protezione diplomatica e consolare allo status di diritto fondamentale in alcune circostanze: la responsabilità internazionale dello Stato indirettamente o per complicità; l'obbligo positivo che deriva dagli articoli 2 e 3 della CEDU, l'obbligo positivo proveniente dall'articolo 1 del primo Protocollo aggiuntivo alla CEDU e, infine, differenti sviluppi del processo di equità.

Era questione massima considerare la responsabilità dello Stato indirettamente oppure convivenza. A prescindere dalle apparenze, questo concetto mira ad una situazione ben precisa: lo Stato membro del Consiglio d'Europa si comporta in maniera tale che non violi i diritti umani nei riguardi di una persona che si lamenta del suo comportamento. La ragione del reclamo, sollevata dal singolo, è semplice: certamente, lo Stato non si rende direttamente responsabile di una violazione di un diritto, ma a cagione della sua azione, una violazione di un diritto fondamentale viene isolata in capo di un altro Stato, che non è parte alla CEDU e di cui la responsabilità internazionale non può essere considerato visto che non è parte della CEDU. Viene rimproverato allo Stato membro dell'UE un comportamento che è divenuto condizione di possibilità di una violazione all'estero.

Pare d'uopo osservare l'evoluzione di questa teoria e il caso emblematico di questa costruzione giuridica. Un signore di nome Jens Soering, cittadino

tedesco, aveva ferocemente assassinato i genitori della sua amica Elizabeth Hayson. I fatti si sono svolti negli Stati Uniti d'America nel 1985, nello Stato della Virginia, che pratica la pena di morte e che conosce la sindrome del corridoio della morte, fenomeno che consiste nel condannare a morte un delinquente, lasciandone trascorrere un lungo lasso di tempo fra la pronuncia della sentenza e la sua esecuzione. Quando ai fatti, aveva 18 anni e viveva un rapporto tumultuoso con la sua fidanzata, di cui si provava che ella aveva seri problemi mentali che avrebbero influito nello stato mentale del giovane tedesco. Dopo aver attraversato l'oceano atlantico, i fidanzati vennero arrestati nel Regno Unito, Stato membro del Consiglio d'Europa e avente firmato la CEDU. Logicamente, gli Stati Uniti chiesero l'extradizione della coppia. Il caso della signorina Hayson fu rapidamente regolata e quest'ultima venne condannata a 90 anni di carcere da scontare nel carcere dello Stato della Virginia. Per quanto inerente il signor Soering, le cose non andarono molto semplicemente. La Repubblica Federale Tedesca chiese pure la sua estradizione. Dopo una saga diplomatica tra i tre Stati considerati (Stati Uniti, Gran Bretagna e Repubblica Federale Tedesca), il governo britannico adottò la decisione di estradare Soering verso lo Stato della Virginia, non senza aver ricevuto delle flebili garanzie dalle autorità statunitensi. Questa decisione venne affrontata senza successo dinanzi alla giurisdizione britannica, i quali rifiutarono di annullare la decisione del Ministero degli Interni. I legali dell'interessato fecero ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che rese la famosa sentenza *Soering vs Regno Unito* nel 1989¹⁰⁴. La questione venne esaminata in base all'articolo 3 della CEDU, che inibisce i trattamenti inumani e degradanti e non secondo l'articolo 2 della stessa CEDU, che vieta gli attentati al diritto alla vita. Questo non è, sfortunatamente, sorprendente quando si prende a conoscenza il paragrafo 1 dell'articolo 2 della CEDU che inibisce ogni attentato alla vita, oltre il caso della pena capitale¹⁰⁵. Questa posizione lecita, ovviamente, ha suscitato qualche critica. Visto il divieto della pena di morte in tutte le circostanze nel Protocollo 13 della CEDU, la

¹⁰⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza di *Soering c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, serie A N. 161. Un caso abbastanza complesso ha riguardato questa sentenza del 1989.

¹⁰⁵ L'art. 2 della CEDU sancisce il diritto alla vita. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge.

decisione sarebbe immancabilmente diversa, anche se ancora vi sono delle dispute.

La Decisione della Corte consacra la responsabilità indirettamente¹⁰⁶. Come spiegato sopra, è stato stimato, in modo prettamente pretoriano, che la decisione di espellere una persona non può essere la causa della violazione di un diritto protetto dalla CEDU in uno Stato che non è parte alla Convenzione. La Corte ha asserito che, normalmente, non compete agli organi della CEDU di decidere sull'esistenza o la mancanza di violazioni virtuali di ciò. Una deroga alla norma generale si impone, dunque, se un fuggitivo sostiene che la decisione di estradarlo infranga l'articolo 3 nel caso in cui ricevesse la esecuzione, dovuto alle conseguenze che si possono concretizzarsi nello Stato di destinazione; ci va la efficacia della protezione conferita da questo testo, dato la gravità ed il carattere irreparabile della sofferenza presunta e rischiosa. Tale decisione, in breve, può sollevare un problema circa l'articolo 3, vincolare la responsabilità dello Stato contraente ai sensi della CEDU, quando si è dinanzi a seri motivi e provati da credere che l'interessato, se viene notificato allo Stato richiedente, vi correrà un rischio concreto di essere sottomesso alla tortura ovvero a pene o a trattamenti inumani e degradanti. Per determinare una simile responsabilità, non è possibile evitare di valutare la situazione nello Stato di destinazione, in base alle esigenze dell'articolo 3 della CEDU. Non si tratta, pertanto, di verificare o provare la responsabilità di questo Stato nel diritto internazionale generale, secondo la CEDU oppure altrimenti. Nella misura in cui una responsabilità si trova o può trovarsi impegnata sul terreno della CEDU, è quella dello Stato contraente che estrada a causa di un atto che ha per risultato diretto di esporre qualcuno a dei crudi trattamenti vietati. La Gran Bretagna, sostanzialmente, subì la condanna a causa di una decisione di espulsione di un individuo in circostanze in modo tale che egli subirà i vincoli del corridoio della morte negli USA, è stata considerata come un rischio di subire un trattamento disumano e degradante. È noto, in aggiunta, che il mero rischio sia sufficiente per essere condannati dalla Corte. È inutile, infine, sottolineare che la soluzione della sentenza

¹⁰⁶ F.Sudre, *Droit européen et International des droit de l'homme*. Paris, 2005, p. 503 ss.

Soering c. Gran Bretagna è alla base della formulazione dell'articolo 19 paragrafo 2¹⁰⁷.

Per quanto inerente la protezione diplomatica e consolare, questo insegnamento può impegnare una reale riflessione sugli obblighi di uno Stato contraente, che alcuni suoi membri rischiano di essere o sono, attualmente, vittime di violazioni dei loro diritti fondamentali non può emanare – per essere censurabili dalla Corte – che dalle autorità stesse dello Stato. Una violazione dei diritti fondamentali, da parte di uno Stato straniero, non sarebbe ragionevolmente invocabile dinanzi alla Corte per porre in causa la responsabilità dello Stato del cittadino che subisce la violazione dei propri diritti. È vero che la giurisprudenza inerente il caso Soering riguarda il diritto d'asilo, l'estradizione, l'espulsione il rinvio in uno Stato estero dove il pericolo di violazione dell'articolo 3 della CEDU è pregnante. È, tuttavia, ormai, acquisito che uno Stato non può rendersi colpevole di una violazione di un diritto fondamentale all'estero.

Quest'affermazione è molto felice poiché è l'espressione della logica e della ragione. La Corte non si è sbagliata nell'invocare nella sentenza Soering vs Gran Bretagna una piccola locuzione che invoca di sovente, e formulata nel paragrafo 33 della sentenza Artico vs Italia del 1980¹⁰⁸, la Corte rammenta che il fine della CEDU si fonda sul proteggere i diritti non teorici o illusori, ma concreti ed effettivi. Questo punto ritorna come un leitmotiv in un considerevole numero di sentenze della Corte di Strasburgo. Motiva la sentenza Soering vs Gran Bretagna, ma non è l'unica: ormai, le finzioni giuridiche, gli imperativi superiori superano gli interessi del semplice cittadino, le tradizioni secolari che negano i diritti soggettivi dei cittadini non hanno più voce di città. Conta la reale ed effettiva protezione dei diritti dei cittadini e le sue libertà fondamentali.

Una simile soluzione rappresenta una concreta bomba giuridica e politica sebbene avrà il dono di eliminare un pannello impressionante di giustificazioni statali spesso dubbiose. C'è una scommessa certa, anche se ciò può sembrare eccessivo per gran parte degli osservatori o soggetti che

¹⁰⁷ “Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato dove vige un reale rischio che sia sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti disumani e degradanti”.

¹⁰⁸ Sentenza Corte edu, Artico c. Italia, 13 Maggio 1980, serie A n. 37.

sperano nel mondo diplomatico, che questa soluzione deve essere applicata nel quadro della protezione diplomatica e consolare. È d'uopo che si delinei il ciò mercé un esempio: dei cittadini dello Stato A, membro dell'UE, sono rinchiusi in una prigione dello Stato B che è un Paese estero situato agli antipodi dell'UE. Durante la loro detenzione, appare evidente che vengono sottomessi alla tortura, umiliati, vengono giudicati in modo arbitrio e sono soggetti alla pena capitale. Le autorità diplomatiche e consolari dello Stato A non reagiscono, malgrado la loro facoltà di farlo, visto che dispongono di una missione diplomatica e consolare sul lembo territoriale dello Stato B. la ragione di inerzia dello Stato A possono essere di vario tipo e che, in questo caso, poco possono interessare.

Se si percepisce che, per ragioni politiche od economiche, lo Stato A ha la possibilità di premere sulle autorità dello Stato B al fine di salvaguardare i propri cittadini da una crudele sorte, ma che si astiene anche quando è, in un certo senso, in dovere di farlo, questa carenza, a parere di chi scrive, potrebbe essere attaccata dinanzi alla giurisdizione dell'ordinamento interno dello Stato A e, successivamente, dinanzi alla Corte di Strasburgo, cioè a dire che questa soluzione sarebbe l'espressione della logica più elementare, a causa di carenza di agire ovvero di un'astensione responsabile – in questo senso, il caso di specie si diverge dall'ipotesi della vicenda Soering –, la responsabilità dello Stato A potrebbe essere impugnata davanti alla Corte di Strasburgo visto che si erige a complice di una violazione avvenuta all'estero. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sia ben chiaro, non si è ancora mai espressa in tal senso, ma non sarebbe assurdo pensare che possa considerarla positivamente. Nella sentenza *Artico vs Italia*, di cui si è fatto un accenno antecedentemente, viene delineato che lo Stato è tenuto a proteggere i diritti concreti ed effettivi e fornire una concreta protezione e non immaginaria. Non si dimentichi che nell'intervento dello Stato, nel quadro della protezione diplomatica e consolare, vige un potere discrezionario, il suo deficit dovrebbe almeno essere oggetto di una motivazione da parte sua.

1.10 L'OBBLIGO POSITIVO DERIVANTE DALL'ARTICOLO 1 DEL PROTOCOLLO ADDIZIONALE DELLA CEDU

Il problema della protezione diplomatica e consolare può ugualmente essere considerata alla luce dell'articolo 1 del *Protocollo addizionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* stipulato a Parigi il 20 marzo del 1952¹⁰⁹. Questa disposizione tutela il diritto di godere i beni senza che lo Stato possa appropriarseli ad eccezione di utilità pubblica e nelle condizioni determinate dalla legge ovvero dai principi generali del diritto internazionale. In questo caso, il problema di nazionalizzazioni di beni stranieri o di imprese potrebbe trovare un eco tutto particolare nella presente materia. Secondo la teoria della responsabilità, a sua volta, e degli obblighi positivi, non sarebbe assurdo stimare che lo Stato, di cui i cittadini sono, in modo massiccio, privati dei beni, sia costretto ad intervenire al fine di proteggere gli interessi in questione¹¹⁰. Nella prassi, non vi è alcun dubbio, che lo Stato lo farà di sicuro. Si porrà tuttavia la domanda della portata della sua azione.

Sarebbe possibile contenere mere proteste che provengono dallo Stato che protesta contro le azioni illecite dello Stato responsabile? La questione resta delicata che si può affrontare attraverso l'analisi di una sentenza della Corte del 2004 inerente la vicenda *Beaumartin vs Francia*¹¹¹. Nel 1973, un decreto regale del Marocco nazionalizzava le terre agricole di proprietà di individui stranieri, tanto che tale misura adottata dalle autorità governative marocchine lesero la famiglia Beaumartin. Il governo francese, di cui un numero abbastanza consistente si trovava nella medesima situazione, negoziava con il governo di Rabat per trovare un modo per indennizzare i cittadini francesi, versando una consistente somma di danaro ripartito tra i suoi cittadini. Secondo i richiedenti, le difficoltà si presentarono nel momento della ripartizione dell'indennità, considerandolo del tutto imparziale. La procedura

¹⁰⁹ "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale".

¹¹⁰ Sentenza Corte EDU, *Drogan c. Turchia*, 29 giugno 2004, n.°8803-8811/ 02, 8813/ 02 e 8815/ 0 2 §154.

¹¹¹ Sentenza Corte EDU, *Beaumartin c. Francia*, 24 novembre 1994, n.°35/ 1993/ 430/ 509.

dinanzi al Consiglio di Stato francese sarà lunga ed non equo a causa dell'intervento del ministero degli esteri durante una discussione. I signori Beaumartin avrebbero potuto rimproverare alle autorità francesi il loro comportamento, vi erano delle buone ragioni per farlo e che purtroppo non si conoscono, ma non toglie che il governo francese abbia adempiuto al proprio dovere circa la protezione degli interessi dei loro cittadini mercé misure di grande portata. Questo Stato, a prima vista, ha compiuto il proprio lavoro nella prima ipotesi. Secondo l'articolo 13, considerato atipico, della CEDU, delinea che ciascuna persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali. Anche se ciò non pare essere l'espressione di un diritto dell'uomo materiale, la giurisprudenza ha considerato che il ricorso effettivo di un diritto umano, in caso di violazione, era di per sé un vero e proprio diritto dell'uomo.

Quali sono le violazioni alla protezione diplomatica e consolare? A questo soggetto, le linee che precedono tendono ad assimilarlo ad un concreto diritto fondamentale, sulla base della CEDU e della sua giurisprudenza. In questo caso, il diritto dovrebbe beneficiare del ricorso effettivo dinanzi ad un'istanza di diritto interno in caso di presunta violazione. È possibile constatare che l'istanza nazionale è una nozione molto particolare che risponde a dei flessibili criteri. Non è d'uopo che il potere giudiziario intervenga, ma giusto un'istanza che si basa sul nostro senso di Stato, il termine nazionale che esprime al minimo una emanazione del potere statale. Si ritiene che, in caso di penuria di posti diplomatici e consolari, dello Stato di cui si è cittadino o, in virtù dell'articolo 23 del NTUE (già articolo 20 del TCE), di altri soggetti di diritto internazionale (gli Stati) dell'UE, sia un'autorità del Ministero degli Esteri, sia le giurisdizioni dello Stato di origine o dello Stato dell'UE responsabile della protezione internazionale, dovrebbe essere, in modo vincolante, competenti a trattare tali problematiche. Se si tratta di problematica del potere giudiziario, ci si trova dinanzi al problema della *ricevibilità* delle azioni di fronte al giudice nazionale. In caso di reticenza, forse comprensibile in un primo momento, il potere giudiziario deve evitare

di rendersi colpevole di un'eventuale violazione dei diritti dell'uomo considerando una tale domanda non ricevibile.

1.11 PROTEZIONE DIPLOMATICA E CONSOLARE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

L'istituto della protezione diplomatica nell'ambito delle prerogative legate allo status di cittadino UE, esalta il carattere assolutamente esclusivo ed innovativo dell'intera Unione. Non può infatti negarsi che l'Unione pur non essendo uno Stato talvolta assume comportamenti ad esso riconducibili, allontanandosi sempre più dalla connotazione internazionalistica della organizzazione «classica» di Stati.

L'istituto della protezione diplomatica, infatti, è sempre stato considerato comportamento appannaggio esclusivo degli Stati. Va però segnalato che la prassi delle organizzazioni internazionali ha evidenziato un'esigenza anche di questi enti di assicurare ai propri funzionari una protezione internazionalmente rilevante, qualora uno Stato abbia commesso un illecito degli interessi dell'organizzazione. La protezione diplomatica delle organizzazioni internazionali si configura con caratteri di specialità e con limitazioni funzionali.

Con l'istituzione della protezione UE il diritto dell'Unione europea trascende entrambe le prospettive. Com'è noto, il diritto internazionale riconosce allo Stato il diritto di proteggere i propri cittadini (e in qualche caso anche non cittadini) qualora subiscano comportamenti (od omissioni) illeciti commessi da un altro Stato in violazione del diritto internazionale.

La prassi ha accolto questa prospettiva sin dal 1924 allorché la Corte Permanente di giustizia nel noto caso *Mavrommatis*¹¹² ne ha delineato i contenuti. Per riassumere, occorre che l'esercizio della protezione diplomatica da parte di uno Stato, o per meglio dire, da organi del potere esecutivo, è ammessa a seguito di una lesione degli interessi del cittadino conseguente ad

¹¹² Nel celeberrimo caso *Mavrommatis* (1924) la Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja elaborò la base della protezione diplomatica: uno Stato ha diritto di proteggere i suoi cittadini quando sono danneggiati da errati atti internazionali di un altro Stato e non possono essere appianati in modo soddisfacente attraverso le normali vie politiche. Il caso fu sostenuto dal Governo Greco contro quello Britannico, sostenitore di Rutenberg, dopo il rifiuto da parte del secondo di riconoscere, come potenza sovrana in Palestina secondo un mandato assegnatole dal S.d.N., i diritti contrattuali acquisiti dal cittadino greco. E *Mavrommatis*, titolare della concessione palestinese per il rifornimento idrico e l'illuminazione elettrica, attraverso un accordo stipulato con le autorità ottomane, la precedente potenza sovrana in Palestina. A questo riguardo si veda J. Stoyanovsky, *The mandate for Palestine, a contribution to the theory at practice of International mandates*, Longmans, Green and Co., London- New York-Toronto, 1928, pp.134-149.

un comportamento, ovvero una omissione, dello Stato nel quale il cittadino si trova, sempre che il comportamento risulti essere in violazione delle norme internazionali sul trattamento degli stranieri.

In conformità del diritto internazionale è necessario, pertanto, una lesione degli interessi del cittadino. Non pare possibile un intervento su basi diverse ed in ogni caso generalizzato.

Nell'ipotesi di protezione diplomatica delle organizzazioni internazionali la sfera di applicazione è limitata, come si diceva, alla protezione dei propri funzionari nell'esercizio delle loro funzioni, laddove abbiano subito un comportamento illecito da parte di uno Stato in violazione del diritto internazionale.

In ogni caso si avrebbero due limitazioni: il vincolo della protezione funzionale che limita in modo decisivo la sfera di applicazione ai soli funzionari o agenti della o.i.; in secondo luogo, come pure è necessario per la protezione da parte dello Stato, deve rilevare un comportamento illecito ed una violazione del diritto internazionale da parte di uno Stato.

In ogni caso, quale che sia il paradigma di riferimento, ovvero attingere ad elementi presenti in entrambi i modelli, trattando la protezione diplomatica, è la prospettiva del diritto internazionale che va analizzata non rilavando allo stato attuale il diritto interno degli Stati membri.

Attesa la specificità dell'Unione, della sua ratio, dei suoi fini istituzionali, considerato altresì il grado generale di integrazione raggiunto, nessuno dei due modelli sopra descritti appare applicabile. Neanche la sintesi di entrambi appare sufficiente per descrivere un istituto eccezionale che non può essere ricondotto tout court ai modelli conosciuti.

La protezione diplomatica UE mostra delle differenze «strutturali» che arricchiscono l'istituto e lo adattano alla specificità dell'Unione europea, alla luce della riconosciuta soggettività della persona nell'ordinamento giuridico, posizione sempre più rilevante sia nella fase ascendente del diritto UE sia nell'attribuzione di nuove prerogative soggettive sia nella protezione e tutela dei diritti.

Non v'è dubbio che l'esperienza determinata dalla prassi nell'Unione europea comporterà una fase evolutiva anche nelle fattispecie precedenti con la progressiva affermazione di nuove norme in materia, andando così ad

arricchire un istituto fondamentale del diritto internazionale quale è la protezione diplomatica.

L'istituto della protezione diplomatica fa il suo ingresso tra le norme primarie a seguito della revisione dei trattati prevista a Maastricht nel 1992. Collocata originariamente nell'articolo 8 C del Trattato della Comunità europea, la norma è stata lievemente rettificata nella forma nella successiva modifica del Trattato di Amsterdam del 1997 che ha rinumerato l'art. 8 C nell'art. 20 TCE, e nella cui base giuridica rimarrà fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹¹³.

Come dato storico va segnalato che la formulazione definitiva accolta a Maastricht dai redattori del trattato, appare meno impegnativa (per gli Stati membri) delle varie proposte presentate in sede di negoziazione. In particolare, le proposte del governo spagnolo e della Commissione, ma anche del Consiglio europeo di Roma del dicembre 1990. Contrariamente alle iniziali ipotesi di reale «protezione dell'Unione» e, in subordine, di «protezione comune dei cittadini al di fuori delle frontiere comunitarie», è prevalsa la scelta di una più blanda protezione «reciproca», nel senso di mutua assistenza tra gli Stati membri a nome e per conto dell'Unione europea, da esercitarsi nel territorio di uno Stato terzo con il suo consenso.

La scelta è caduta guardando al passato e non al futuro. Non si è trattato di un'innovazione giacché la norma dell'Unione richiama la protezione diplomatica «delegata» già prevista nelle Convenzioni di Vienna sulle relazioni diplomatiche (1961) e consolari (1963). Essa prevede, acquisito il consenso dello Stato accreditatario, la possibilità di delegare ad un altro Stato la gestione e la protezione di taluni interessi nazionali. Vero è che nelle Convenzioni la delega ha un carattere eccezionale sollecitato da eventi particolari, quali ad esempio, la rottura o la sospensione delle relazioni diplomatiche, laddove nel Trattato sull'Unione europea la previsione si mostra come la regola e non l'eccezione.

¹¹³ Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 Dicembre 2009, dota l'Unione Europea di istituzioni moderne e di metodi di lavoro ottimizzati per rispondere in modo efficace ed efficiente alle sfide del mondo di oggi. In realtà, in rapida evoluzione, per affrontare temi quali la globalizzazione, i cambiamenti climatici, l'evoluzione demografica, la sicurezza e l'energia gli europei guardano all'UE. Il Trattato di Lisbona rafforza la partecipazione democratica in Europa e la capacità dell'UE di promuovere quotidianamente gli interessi dei propri cittadini.

Nel nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) nella Parte Seconda "Non discriminazione e Cittadinanza" è riproposta la disposizione sulla protezione diplomatica dei cittadini UE. Vale la pena citare integralmente l'art. 23 TFUE (che ripropone il precedente articolo 20 del TCE): «Ogni cittadino dell'Unione gode, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato. Gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie e avviano i negoziati internazionali richiesti per garantire detta tutela.

Il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare direttive che stabiliscono le misure di coordinamento e cooperazione necessarie per facilitare tale tutela». In base all'articolo 23 NTUE, ciascun cittadino, appartenente all'UE gode, nel territorio di uno Stato terzo, nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza, non è rappresentato, della tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto stato; gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie ed avviano i negoziati internazionali richiesti per garantire tale tutela¹¹⁴. La stesura dell'articolo 23 del NTUE è considerato simile all'articolo 46 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE del 2007¹¹⁵, secondo cui ogni cittadino dell'UE gode, nel territorio di uno Stato terzo, nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato ¹¹⁶. Si aggiunga la decisione che venne adottata, nel mese di dicembre del 1995 dai rappresentanti dei governi degli Stati membri sulla protezione dei cittadini dell'UE da parte dei posti diplomatici e consolari messo in atto mercé l'articolo 20 del TCE (Trattato della Comunità Europea), ora articolo 23 del NTUE¹¹⁷. La protezione, in tal modo, comprende la assistenza in caso di decesso, di incidenti o di malattie

¹¹⁴ U.Villani, *ibidem*, Bari. 2010, pp.97-98.

¹¹⁵ GUUE, C 303 del 14 dicembre 2007.

¹¹⁶ A. Bassu, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica*, Milano, 2008, p. 89 ss.

¹¹⁷ R. La Rosa, *La protezione diplomatica nell'Unione Europea: un esempio di evoluzione delle norme internazionali in materia*, in *Studi sull'integrazione europea*, Bari, 1/2009, p. 133 ss.

gravi, in caso di arresto o di detenzione, la assistenza alle vittime che hanno subito violenza, l'aiuto e il rimpatrio dei cittadini dell'UE in difficoltà. È la dimostrazione, inoltre, che le rappresentanze delle missioni diplomatiche e gli uffici consolari possono intervenire per altri dinanzi alle richieste del cittadino dell'UE. Questo diritto alla protezione diplomatica e consolare fa parte dei diritti che derivano dalla cittadinanza dell'UE, concetto creato dal Trattato di Maastricht nel 1992 e ripreso dagli articoli 17 e 22 del TCE e, successivamente, dagli articoli 20 – 25 del Trattato di Lisbona. Le disposizioni relative al diritto della protezione consolare sono particolarmente importanti; questo diritto appare, in effetti, come l'unico attributo specifico realmente innovativo, gli altri diritti speciali, consacrati dal Trattato di Maastricht del 1992, avendo potuto essere enunciati come applicazioni del principio della libertà di circolazione.

Questo diritto comporta alcune specificità rispetto al diritto internazionale generale. Mentre, in linea generale, un individuo non può ricevere la protezione diplomatica o consolare che dallo Stato di cui è cittadino, il diritto dell'UE permette ad ogni cittadino europeo di essere protetto da qualsiasi Stato membro a partire dal momento in cui lo Stato membro di cui è cittadino non è rappresentato nello Stato terzo. Nell'attuazione di questo diritto, gli Stati membri, tuttavia, devono chiedere il consenso in primis allo Stato di residenza, come è enunciato nell' articolo 46 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961¹¹⁸, quando lo Stato accreditante assume la protezione momentanea degli interessi dei cittadini di uno Stato terzo. È d'uopo evidenziare che, in virtù dell'articolo 20 paragrafo 1 del NTUE (ex articolo 17 del TCE), è cittadino dell'Unione Europea chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La definizione della cittadinanza si basa sempre sul concetto di nazionalità e dipende, pertanto, dalla libera scelta degli Stati membri. È lecito ritenere che l'originalità della costruzione comunitaria è stata giustificata al fine di connettere la cittadinanza alla residenza abituale o del domicilio della persona sul territorio di uno Stato membro o all'interno dello spazio geografico occupato dall'UE. Così, se il concetto di cittadinanza dell'UE poteva costruirsi su un modello diverso da

¹¹⁸ “Con il recedente consenso dello Stato accreditario e a richiesta d'uno Stato terzo non rappresentato in tale Stato, lo Stato accreditante può assumere la protezione temporanea degli interessi e dei cittadini dello Stato terzo”.

quello dello Stato, la protezione diplomatica e consolare accordata ai cittadini dell'UE prenderebbe un'altra via ben più decisiva, cioè permetterebbe di proteggere numerose persone che, seppur cittadini di uno Stato terzo, hanno un legame sufficientemente stretto con il territorio dell'Unione e su cui uno Stato membro esercita la sua sovranità e la sua giurisdizione.

1.12 LA NECESSITÀ DI UNA PROTEZIONE DIPLOMATICA E CONSOLARE CONDIVISA: GLI SVILUPPI DELLE DISPOSIZIONI DEI TRATTATI

Per inquadrare la questione, occorre ricordare che le missioni diplomatiche (ambasciate) sono rinvenibili (di regola) nelle capitali degli Stati; mentre gli uffici consolari (consolati) oltre ad essere presenti nelle capitali (talvolta nelle stesse ambasciate), sono posizionate nel territorio nazionale in rapporto alle esigenze dello Stato accreditante, ma con il consenso dello Stato accreditatario, così come prescritto nell'accordo bilaterale che dà vita alle relazioni diplomatiche e/o consolari.

La problematica è che, talora, nella capitale non vi è ambasciata «accessibile», giacché i due Stati non mantengono relazioni diplomatiche (ovvero sono momentaneamente sospese), bensì soltanto relazioni consolari, e l'ufficio più «accessibile» si trova a molti chilometri di distanza.

Quale è la problematica? A tutt'oggi, soltanto in tre Stati terzi sono rappresentati tutti e 27 Stati membri dell'Unione europea nei 166 paesi terzi annoverabili: più propriamente nella Repubblica popolare cinese, nella Federazione russa e negli Stati Uniti d'America. Questa mancanza di rappresentanza si è accentuata con l'allargamento dell'Unione europea. Vi sono 18 paesi in cui non è rappresentato nessuno Stato membro, 17 paesi in cui è rappresentato un solo Stato membro e 11 paesi in cui ne sono rappresentati due.

Fra questi paesi vi sono una serie di popolari destinazioni turistiche per i cittadini dell'Unione (ad es. Bahamas, Barbados, Madagascar, Maldive e Seychelles). Le rappresentanze diplomatiche e consolari degli Stati membri sono particolarmente limitate in America centrale e Caraibi, in Asia centrale e in Africa centrale e occidentale.

Si stima che l'8,7% dei cittadini dell'Unione europea che viaggiano al di fuori dell'UE si recano in paesi terzi in cui il loro Stato membro non ha una rappresentanza consolare o diplomatica.

Dalla medesima comunicazione della Commissione si ricava la necessità di rafforzare la tutela dei cittadini europei nei paesi terzi, giacché i cittadini UE viaggiano sempre più in paesi terzi come turisti, lavoratori, studenti, ecc. A tal riguardo Eurostat ha stimato il numero di viaggi nel 2005 intorno agli 80

milioni. La metà dei cittadini dell'Unione prevede di viaggiare in un paese terzo nei prossimi 3 anni. Il Consiglio ha altresì stimato nel 2006 che i cittadini dell'Unione hanno effettuato circa 180 milioni di viaggi all'anno.

Tutto ciò comporta che la decisione 95/553/CE non appare più sufficiente per gestire le problematiche che potrebbero verificarsi. Posto che l'articolo 7 della decisione stessa prevede una sua revisione, va rilevato che già da tempo le istituzioni UE stanno cooperando al fine di trovare la necessaria posizione comune in materia. Al momento non vi sono atti tipici in itinere.

In questa prospettiva il Trattato di Lisbona viene in aiuto, poiché la previsione contenuta nell'art. 23 TFUE, secondo comma, costituisce una chiara base giuridica a tal uopo. La norma prevede che «Il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare direttive che stabiliscono le misure di coordinamento e cooperazione necessarie per facilitare tale tutela». Si passa da un atto espressione dei rappresentanti dei governi nazionali, che necessita di adattamento, ad un atto «tipico» dell'Unione, rispettando il metodo istituzionale (proposta della Commissione e parere del Parlamento europeo) nel rispetto della procedura legislativa speciale. La direttiva, ex art. 288 TFUE, terzo comma, è apparsa ai redattori del trattato lo strumento giuridico più flessibile per disciplinare i tratti fondamentali della materia, lasciando agli Stati membri il compito di completare l'attuazione dell'atto.

Essendo una facoltà del Consiglio adottare direttive («il Consiglio (...) può adottare direttive»), non può escludersi anche l'adozione di un altro atto tipico dell'Unione ex art. 288 TFUE a discrezione del Consiglio stesso e nel rispetto della procedura legislativa speciale.

In ogni caso, si può affermare che la materia confluisce nel metodo istituzionale attraendo la protezione diplomatica e consolare all'interno della dialettica istituzionale.

Occorre in quest'ottica segnalare la disposizione contenuta nell'art. 25 TFUE che stabilisce le regole per incrementare (secondo la norma «completare») i diritti di cittadinanza previsti nell'art. 20 TFUE. Si tratta di una norma che mostra tutto lo scetticismo dei governi degli Stati membri ed i timori che l'incremento dei diritti di cittadinanza europea possano incidere sulle loro

sovranità. Tale diffidenza emerge dalla procedura utilizzata: non si è indicato il metodo istituzionale che sarebbe stato più appropriato, bensì una procedura intergovernativa che assegna al Consiglio, che delibera all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, la facoltà di adottare disposizioni intese a completare i diritti elencati all'articolo 20, paragrafo 2 TFUE. Tali disposizioni entrano in vigore previa approvazione degli Stati membri, conformemente alle rispettive norme costituzionali.

Se da un lato l'esercizio dei diritti di cittadinanza UE, già individuati dai trattati, è appannaggio delle istituzioni dell'Unione nel rispetto delle procedure legislative previste, dall'altro per arricchire l'elenco si richiede una procedura intergovernativa, in verità imprecisa ed inopportuna. Peraltro siffatti diritti ex art. 20 TFUE devono necessariamente essere interpretati alla luce della Carta dei diritti fondamentali, soprattutto ora che il novellato art. 6 TUE conferisce valore giuridico di norma primaria.

In ogni caso, alla luce delle disposizioni contenute nei trattati dopo la riforma di Lisbona, pare possibile ipotizzare uno scenario nuovo per la protezione diplomatica UE, soprattutto perché la norma va letta tenendo conto delle altre norme primarie collegate, sia del TUE sia del TFUE.

In primo luogo l'art. 23 TFUE va letto alla luce della generale prescrizione contenuta nell'art. 3, par. 5 TUE, vale a dire, che «nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini». Inoltre, occorre necessariamente collocare la materia della protezione diplomatica e consolare non soltanto nei diritti di cittadinanza, bensì, a motivo delle sue caratteristiche intrinseche, anche all'interno del Titolo V "Disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione e disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune".

Nel Titolo V, infatti, rinveniamo l'art. 35 TUE che afferma «Le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri e le delegazioni dell'Unione nei paesi terzi e nelle conferenze internazionali, nonché le loro rappresentanze presso le organizzazioni internazionali, cooperano al fine di garantire il rispetto e l'attuazione delle decisioni che definiscono posizioni e azioni dell'Unione adottate in virtù del presente capo. Esse intensificano la loro

cooperazione procedendo a scambi di informazioni e a valutazioni comuni. Esse contribuiscono all'attuazione del diritto di tutela dei cittadini dell'Unione nel territorio dei paesi terzi di cui all'articolo 20, paragrafo 2, lettera c) del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e delle misure adottate in applicazione dell'articolo 23 di detto trattato».

Si configura una importante e necessaria collaborazione tra le delegazioni dell'Unione (già delegazioni della Commissione) e le missioni diplomatiche e consolari degli Stati membri, non solo nella prospettiva di un'azione esterna ovvero nella realizzazione di una politica estera comune, ma anche nell'esercizio della tutela diplomatica e consolare. Il ruolo di coordinamento è affidato all'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza il quale, nell'esecuzione delle sue funzioni, si avvale di un «servizio diplomatico» che collabora con i servizi diplomatici degli Stati membri e con la Commissione.

Anche l'art. 32, quarto comma, TUE, richiama il dovere di collaborazione confermando che «le missioni diplomatiche degli Stati membri e le delegazioni dell'Unione nei paesi terzi e presso le organizzazioni internazionali cooperano tra di loro e contribuiscono alla formulazione e all'attuazione dell'approccio comune».

Appare fondamentale il ruolo delle delegazioni dell'Unione.

In prospettiva futura sembrerebbe realizzarsi ciò che la giurisprudenza comunitaria, ancorché in modo non definitivo, aveva indicato. Così se nella sentenza Adams la Corte di giustizia non aveva negato il dovere della Commissione di «provvedere alla difesa del ricorrente» (peraltro non cittadino di uno Stato membro), nella successiva sentenza Odigitria del Tribunale di primo grado si afferma che la delegazione della Commissione nella Guinea-Bissau ha «adempiuto al suo dovere di tutela diplomatica», così confermando una competenza in materia di protezione diplomatica, ancorché circoscritta alle materie di competenza comunitaria.

Si tenga conto che attualmente le delegazioni della Commissione (che diventeranno delegazioni «dell'Unione»), ammontano a 144 in tutto il mondo ed in tutti i continenti. Secondo la Commissione «la creazione di uffici comuni, a disposizione di tutti i cittadini dell'UE, compenserebbe la limitata presenza consolare nei paesi terzi, e questi uffici potrebbero essere collocati

insieme alle delegazioni della Commissione. I costi sarebbero ripartiti proporzionalmente fra gli Stati membri in base ad accordi esistenti. Oltre ai vantaggi che potrebbero derivare dalla co-ubicazione (risparmio di costi e rafforzamento della cooperazione reciproca), gli uffici comuni funzionerebbero in base a un sistema chiaro e trasparente di mutua rappresentanza. Tale sistema costituirebbe un passo avanti verso un'accresciuta tutela dei cittadini UE in stato di necessità, poiché funzionerebbe in qualsiasi momento e non solo per eventi straordinari come conflitti e calamità naturali. In questo senso completerebbe il sistema dello "Stato pilota".

Pertanto l'Unione europea ha personalità giuridica ai sensi dell'art. 47 TUE riformato a Lisbona, sicché sono riscontrabili tutte le condizioni affinché la protezione diplomatica e consolare possa essere assicurata non soltanto dalla assistenza reciproca degli Stati membri, ma da misure e strutture proprie dell'Unione, ovvero, in collaborazione con le autorità diplomatiche e consolari degli Stati membri.

Anche il recente "Programma di Stoccolma - Un Europa aperta e sicura al servizio dei cittadini" sembra riproporre la questione della protezione diplomatica e rivolgersi a questa prospettiva. Infine, occorre altresì richiamare l'"European Diplomatic Programme"¹¹⁹, che ha come obiettivo precipuo creare una idea comune di diplomazia nell'Unione e nel "Programme Diplomatique Européenne"¹²⁰ sono stati già affrontati molti aspetti comuni per una diplomazia sempre più integrata. Una serie di iniziative congiunte che potrebbero sboccare, in un prossimo futuro, in una vera e propria diplomazia dell'Unione europea, quale aspetto tecnico-pratico di una politica estera comune.

¹¹⁹Al quale partecipano la Commissione (Relazioni esterne), il Segretariato del Consiglio e giovani diplomatici degli Stati membri.

¹²⁰Edition 2008-2009.

1.13 LA REPONSABILITÀ CIVILE DI UNO STATO NELL' ESERCIZIO DELLA SUA MISSIONE DI PROTEZIONE

La protezione diplomatica, tende ad assicurare dei servizi diplomatici e consolari negli Stati terzi dove non è rappresentato lo Stato membro, di cui l'interessato è cittadino. Questo sistema di protezione viene già applicata da anni nell'Unione Economica Belgio Lussemburgo¹²¹. Questo genere di convenzione non può, tuttavia, legare gli Stati terzi, ciò che porta un bemolle alla garanzia di protezione nella misura in cui questi sono in diritto di opporsi ad ogni intervento di uno Stato membro di cui l'interessato non avrebbe la cittadinanza, quando il diritto internazionale ne riserva il monopolio allo Stato nazionale di questi. Senza che questa enumerazione sia esaustiva, uno Stato membro potrebbe essere portato a proteggere un cittadino europeo in casi come l'arresto, la detenzione, l'incidente, un atto di violenza subito dal cittadino, il rimpatrio, il decesso del cittadino e via discorrendo. La domanda che viene è la seguente: in una delle ipotesi poc'anzi riportate, uno Stato membro potrebbe vedere la sua responsabilità civile impegnata in caso di fragile protezione di un cittadino dell'UE che sia cittadino allo Stato considerato o meno?

Si parta da un mero esempio: un cittadino di uno Stato A è stato arrestato senza alcuna ragione nello Stato delle Bahamas, dove manca un posto consolare. L'interessato rischia di subire trattamenti disumani in carcere. Lo Stato B, disponendo di un posto consolare nelle Bahamas, dovrà informare il ministro degli Affari esteri dello Stato A o la sua più vicina missione diplomatica ed informare queste autorità della natura e delle circostanze del problema. Verificherà, in seguito, che il cittadino dello Stato A è trattato in modo giusto e giocherà un ruolo di mediatore con le autorità dello Stato accreditatario. La rappresentanza diplomatica o consolare, infine, dello Stato B dovrà assicurare un buon trattamento al cittadino dello Stato A come se fosse un cittadino del suo Stato, senza discriminazione, e avvierà i negoziati ad hoc con l'obiettivo di sbloccare la situazione.

¹²¹ Convenzione tra il Regno del Belgio e il Gran Ducato di Lussemburgo sulla cooperazione in ambito consolare firmato nella città di Bruxelles il 30 Settembre del 1965, in M.B., 08 Dicembre 1966.

Nell'ipotesi in cui lo Stato B fosse recalcitrante, quest'ammissione di agire conformemente all'articolo 23 del NTUE di Lisbona sarebbe un errore che potrebbe impegnare la sua responsabilità civile in caso di danno al cittadino dello Stato A? Dal punto di vista della sfera comunitaria, il NTUE del 2009 non comporta alcuna norma particolare circa la responsabilità degli Stati membri per violazione dei loro obblighi. La CGCE (Corte di Giustizia delle Comunità Europee) ha dato un fondamento comunitario a questa responsabilità, tenendo in considerazione che la totale efficacia delle norme comunitarie sarebbero poste in causa e la protezione dei diritti che riconoscono debole se i particolari non avevano la possibilità di ottenere la riparazione quando i loro diritti sono lesi da una violazione del diritto comunitario applicabile ad uno Stato membro¹²². Nella sentenza *Brasserie du Pecheur e Factortane*, la CGCE ha giudicato che un diritto alla riparazione è riconosciuto dal diritto comunitario ovvero dal diritto dell'UE dal momento che tre condizioni sono raggruppate cioè che la norma di diritto violato abbia per oggetto quello di concedere dei diritti a dei privati, che la violazione sia abbastanza caratterizzata e, infine, che esista un legame di causalità diretta tra la violazione che incombe sullo Stato e il danno subito dagli individui lesi¹²³. Nell'ipotesi in cui l'articolo 23 del NTUE di Lisbona del 2009 conferisca un diritto giustificabile al cittadino europeo, la responsabilità di uno Stato membro potrebbe essere vincolante. Se questo articolo, attualmente, non è stato ancora oggetto di una decisione della CGCE, si potrebbe, per similitudine alle sentenze di cui sopra, considerare la responsabilità civile di uno Stato membro nel momento in cui ci si trovi dinanzi alla violazione dell'articolo 23 del NTUE: se la responsabilità di uno Stato viene determinata, questi deve riparare i danni illecitamente cagionati. È il diritto interno dello Stato interessato, praticamente, che risolverà i problemi di responsabilità degli Stati membri. A livello di responsabilità fondata sulla violazione dello articolo di cui stiamo trattando, sembra che gli obblighi dello Stato incaricato a proteggere un cittadino europeo non sono né dettagliate, né chiare. È, pertanto, arduo stabilire da quale momento o da quale carenza uno Stato membro potrebbe verificare la propria responsabilità civile rispetto ad un cittadino che non avrebbe ricevuto l'adeguata protezione. È possibile,

¹²² Sentenza CGCE, C-6/90, A. Francovicht, D. Bonifaci 19 novembre 1992.

¹²³ Sentenza CGCE, C-49/93 e C-48/93, 5 marzo 1966.

tuttavia, confrontare questo vincolo, che pesa su uno Stato membro, ad un obbligo generale di cautela. L'obbligo, considerato impegnativo per uno Stato membro, il quale è in dovere di tutelare un cittadino dell'UE in uno Stato terzo, viene considerato un vincolo di mezzo e non di risultato.

È d'uopo, da un punto di vista generale, constatare che l'articolo 23 del NTUE non impegna una protezione limitata alle condizioni sancite nella Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961 e su quelle consolari del 1963. Non viene esclusa la possibilità di dare un'interpretazione più ampia dell'articolo 23 del NTUE e di estenderla, a titolo di esempio, alla protezione del fanciullo, dei civili che non sono partecipi alle ostilità di carattere bellico, così come i cittadini che non prendono parte ai combattimenti, così pure alle navi mercantili e via discorrendo.

1.14 LE NORME DEL PROGETTO DELLA COMMISSIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEL 2001 SULLA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI NELL' AMBITO DELLA PROTEZIONE DIPLOMATICA

Per verificare ulteriormente se il ruolo dell'individuo nell'ambito dell'istituto della protezione diplomatica ha subito dei cambiamenti conviene accennare agli sviluppi rilevabili in settori del diritto internazionale che risultano strettamente collegati all'istituto che appaiono particolarmente rilevanti ai fini del nostro studio.

Come già ribadito in precedenza la posizione classica della dottrina, che si fonda sull'esclusione della personalità internazionale dell'individuo, è nel senso che la lesione inflitta ai cittadini implichi sempre un danno materiale subito dallo Stato nazionale¹²⁴.

Nel contesto internazionale attuale viene difficile negare la circostanza che gli individui siano destinatari di alcune norme consuetudinarie ed altre di origine pattizia¹²⁵, che hanno subito una notevole evoluzione anche in virtù dell'incidenza operata dalla disciplina sui diritti umani.

Per quanto riguarda la titolarità da parte degli individui di diritti soggettivi previsti da norme secondarie vengono in rilievo quelle che attribuiscono all'individuo diritti soggettivi in materia di riparazione dei danni subiti dal compimento di un illecito da parte di uno Stato.

Occorre sottolineare preliminarmente che tale tematica è contemplata da norme esclusivamente di natura pattizia¹²⁶ che possono tuttavia incidere nel tessuto giuridico del diritto internazionale generale.

Si rende, quindi, necessario fare riferimento in primo luogo al ruolo riservato all'individuo dal Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati approvato in seconda lettura dalla Commissione del diritto internazionale nell'agosto 2001, che costituisce un importante punto di riferimento per porre

¹²⁴ V. Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris. 1863, cap. VI, p- 136.

¹²⁵ Sul problema si vedano ad esempio le considerazioni di Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, cit., p. 24 ss.

¹²⁶ In senso favorevole alla possibilità per il privato di richiedere direttamente allo Stato responsabile la riparazione dei danni conseguenti alla violazione di diritti individuali previsti da norme internazionali si veda Dominicé, *La prétention de la perrsonne privèe*, cit., p. 729 ss.

in evidenza gli sviluppi riscontrabili in una materia tradizionalmente riservata alla competenza degli Stati.

Passando ad analizzare le disposizioni che possono essere considerate come un tentativo di apertura verso un ampliamento dei diritti riconosciuti all'individuo in quanto tale, le norme più significative che vengono in rilievo sono gli artt. 33 e 48 del Progetto.

Il paragrafo 1 dell'art. 33 dispone che «The obligation of the responsible State set out in this part may be owed to another State, to several State, or to the international community as a whole, depending in particular on the character and content of the international organization and on the circumstances of the breach». E' possibile, quindi, ritenere che l'espressione "the international community as a whole" possa essere intesa in senso ampio, come comprensiva anche degli individui¹²⁷. Come è stato posto in evidenza, potenzialmente più significativo è il paragrafo 2 dell'art. 33 così formulato «this part is without prejudice to any right, arising from the International responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State». Questo progetto costituisce una clausola di salvaguardia anche in relazione all'ipotesi in cui l'individuo può direttamente invocare la responsabilità dello Stato. Nel Commentario all'art. 33 si chiarisce: «it will be a matter for the particular primary rule to determine whether and to what extent person or entities other than States are entitled to invoke responsibility on their own account»¹²⁸.

La rilevanza generale della posizione dell'individuo nell'ambito del Progetto è confermata dall'art. 48 par. 2 lett b) con riferimento al problema dell'invocazione della responsabilità da parte di uno Stato diverso da quello leso. Esso dispone, infatti, che «any State other than any injured State... may claim from the responsible state... performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached».

Sembrerebbe, adottando una interpretazione estensiva, che in base a questa disposizione i beneficiari della riparazione possano essere anche gli individui vittime della violazione, con la possibilità che la violazione di norme internazionali dia luogo, quindi, ad una lesione di interessi individuali.

¹²⁷ Pustorino, *Recenti sviluppi*, cit., p. 72.

¹²⁸ V. General Assembly Official Records, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (N 56/10).

Di conseguenza se la riparazione venga richiesta da uno Stato per le lesioni subite dai privati, entrambi gli Stati, sia quello che ha compiuto l'illecito che quello che chiede la riparazione, sono obbligati dal diritto internazionale consuetudinario a garantire che il risarcimento venga versato a favore dell'individuo per la lesione subita nei suoi diritti. Nel Commentario a questa disposizione si rileva peraltro che la previsione di cui all'art. 48, par. 2, lett. B) involves a measure of progressive development, «which is justified since it provides a means of protecting the community or collective interest at stake»¹²⁹. Il concetto di beneficiari viene ripreso anche dall' art. 54¹³⁰.

Un'altra norma del progetto, che seppur in maniera indiretta tocca il tema del ruolo dell'individuo è l'art. 50¹³¹, che al par. 1 lett. B) pone il limite del rispetto dei diritti umani fondamentali e al par. 1 lett. C) prevede il rispetto di obblighi dal carattere umanitario. Secondo alcuni autori¹³² anche l'art. 55¹³³ potrebbe funzionare come clausola di salvaguardia in tema di responsabilità dello Stato nei confronti dell'individuo, in quanto dispone che l'applicazione del Progetto non pregiudica l'applicazione di norme speciali di diritto internazionale sulla responsabilità.

¹²⁹ V. General Assembly Official Records, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (N56/10).

¹³⁰ L'art. 54 stabilisce «These articles are without prejudice to any person acting on behalf of a State».

¹³¹ L'art. 50 così recita: «1. Countermeasures shall not affect: a) the obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations; b) Obligations for the protection of fundamental human rights; c) Obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals; d) Other obligations under peremptory norms of general international law. 2. A State taking countermeasures is not relieved from fulfilling its obligations: a) Under any dispute settlement procedure applicable between it and the responsible State; b) To respect the inviolability of diplomatic or consular agent, premises, archives and documents».

¹³² Crawford, *Third report on State Responsibility*; Weis, *Diplomatic Protection Of Human Rights*, 1971, p. 643 ss.

¹³³ L'art. 55 dispone che: « These articles do not apply where to extent than the conditions for the existence of a international wrong act or the content or implementation responsibility of a State are governed by special rules international law».

CAPITOLO 2

PROTEZIONE DIPLOMATICA E RICORSO ALLA FORZA A PROTEZIONE DEI PROPRI CITTADINI ALL'ESTERO

2.1 INTRODUZIONE STORICA

Gli sviluppi normativi in tema di tutela internazionale dei diritti dell'uomo hanno inciso, come è noto, in numerosi settori del diritto internazionale. In questa sede ci si propone in particolare di analizzare la natura, l'evoluzione dell'istituto della protezione diplomatica dei propri cittadini all'estero con riferimento a profili specifici quali ad esempio la determinazione degli Stati legittimati ad agire in protezione diplomatica, la discrezionalità d'intervento da parte dello Stato nazionale, le condizioni di esercizio dell'azione, l'ambito di applicazione e le finalità principali del ricorso alla forza a protezione dei propri cittadini all'estero.

L'intervento armato in soccorso dei propri cittadini all'estero, nel caso in cui la loro incolumità sia minacciata dalle azioni o omissioni dello Stato sul cui territorio essi si trovano, rappresenta una prassi statuaria diffusa, che si pone in stridente contrasto con il rispetto dell'integrità territoriale dello Stato teatro dell'operazione di soccorso.

Tale prassi è un retaggio del diritto internazionale preesistente alla nascita delle Nazioni unite, quando l'uso della forza era lo strumento ordinario di relazione tra gli Stati parti della Comunità internazionale.

Se ne trova memoria nel dibattito dottrinario sin dal Seicento, quando Grozio la legittimava in virtù del dovere degli Stati di proteggere i propri cittadini, dovere di fondamentale importanza, dal momento che contribuiva a

rinsaldare il legame tra lo Stato e la comunità dei sudditi e a rafforzare la sovranità statale¹³⁴.

Come chiarito in seguito da de Vattel, l'intervento a protezione dei propri sudditi sul territorio di uno Stato terzo rappresentava un diritto degli Stati a preservare uno degli elementi fondamentali della sovranità, ovvero l'integrità della comunità internazionale¹³⁵.

La prassi degli Stati in tema di intervento armato a protezione dei propri cittadini all'estero è stato oggetto di interesse anche nella letteratura giuridica del XIX secolo e prima metà del XX secolo. Diversi autori, affermavano che esso dovesse essere esercitato principalmente attraverso mezzi diplomatici.

Questi autori confinavano l'intervento coercitivo in un altro Stato a extrema ratio, nelle ipotesi di flagrante diniego di giustizia o di violazione grave e intenzionale della dignità della persona o dei beni del proprio cittadino da parte di tale Stato. Il dovere dello Stato di agire a protezione dei propri cittadini all'estero doveva ritenersi attenuato nei casi in cui tali cittadini si trovavano nel territorio di un altro Stato non in via transitoria, ma perché avevano scelto di stabilire ivi il proprio domicilio¹³⁶.

Uno Stato non poteva intervenire a protezione dei propri sudditi che si trovavano nel territorio di un altro Stato qualora quest'ultimo non fosse direttamente responsabile dei danni ad essi cagionati, imputabili, ad esempio, allo scoppio di una guerra civile o a eventi sui quali lo Stato ospitante non era in grado di esercitare un controllo sovrano¹³⁷. Quest'ultima considerazione dà la misura di come una parte consistente della dottrina del tempo intendesse l'intervento coercitivo a protezione dei propri cittadini all'estero più come una sorta di rappresaglia armata, in funzione punitiva contro lo Stato responsabile di un illecito internazionale, che alla stregua di una misura umanitaria.

In altri termini, l'uso della forza per proteggere i propri cittadini all'estero, così come la protezione diplomatica, dovevano rispondere a logiche di tutela dell'interesse nazionale. Tuttavia, a differenza dell'attacco armato, l'intervento a protezione dei propri cittadini all'estero era qualificato dagli

¹³⁴ Grozio, *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, trad. Kelsey, Buffalo, 1925, vol. II, cap. XXV, p. 587.

¹³⁵ De Vattel, *The Law of Nations*, 1758, trad. Chitty, Philadelphia, 1883, p. 161.

¹³⁶ Pradier-Fodère, *Traité de droit International public européen et américain*, Paris, 1885, p. 614-619

¹³⁷ Bluntschli, *op. cit.*, p. 223-224.

autori dell'epoca come un'azione coercitiva limitata al ripristino dello *status quo ante*¹³⁸.

Anche la gran parte degli autori che si sono occupati dell'intervento armato a protezione dei propri cittadini all'estero durante la prima metà del Novecento, si sono concentrati sulla distinzione tra questa fattispecie e l'attacco armato¹³⁹. I parametri a cui far riferimento per operare tale distinguo sono stati individuati nella natura apolitica dell'intervento e nella proporzionalità delle operazioni dispiagate sul territorio straniero, rispetto al fine di soccorrere gli individui minacciati.

Peraltro, la proporzionalità dell'intervento aveva assunto un crescente rilievo nel diritto internazionale moderno sin dal celebre caso *Caroline*¹⁴⁰. Il caso riguarda l'affondamento da parte della marina britannica di un naviglio statunitense, avvenuto durante l'insurrezione canadese del 1837 contro la Corona. In quella circostanza la Gran Bretagna pretese di aver agito in legittima difesa, dal momento che la nave *Caroline* era adibita al trasporto di viveri e armi dalla riva americana del fiume Niagara a un isolotto occupato dai ribelli canadesi, sito lungo in corso di tale fiume, in territorio canadese. Al momento dell'attacco e dell'affondamento, la *Caroline* era rientrata in territorio statunitense, il che spinse il Segretario di Stato, Webster, a chiedere spiegazioni sull'incidente al Governo britannico, a cui spettava provare «*a necessity of self-defense, instant, overwhelming, leaving no choice or means, and no moment for deliberation*»¹⁴¹.

Il rilievo assunto dai parametri di imminenza, necessità e proporzionalità nella valutazione della liceità dell'intervento in legittima difesa rappresenta il primo segno di quel mutamento di sensibilità della Comunità internazionale che avrebbe condotto all'azione del Covenant della Società delle Nazioni¹⁴² e

¹³⁸ Bonfils, *Manuel de droit International public*, Paris, 1894, p. 158-159.

¹³⁹ Clark, *op.cit.*, p. 24: «*When confined to the purpose of assuring the safety of citizens abroad [...] the action must be considered not as a case of intervention, but as non-belligerent interposition* ».

¹⁴⁰ Cfr., Pocar, *L'esercizio non autorizzato del potere statale in territorio straniero*, Padova, 1974, p. 87-93.

¹⁴¹ Webster, *The diplomatic and Official Papers of Daniel Webster, while Secretary of State*, New York, 1848, p. 110.

¹⁴² *Covenant of the League of Nations*, Parigi, 29 aprile 1919. Sul sistema della Società delle Nazioni e sulle limitazioni al diritto di muovere guerra, cfr., Fedozzi, Romano (a cura di), *Trattato di Diritto Internazionale*, Padova, 1940, p. 122 ss.

del Patto Briand-Kellogg¹⁴³ che avrebbe spinto parte della dottrina a preconizzare il divieto di ricorso alla forza nelle relazioni internazionali¹⁴⁴.

Tuttavia, negli anni che precedettero il secondo conflitto mondiale, la prassi internazionale rimase saldamente ancorata alla convinzione che l'uso della forza per proteggere i propri cittadini all'estero fosse legittimo, come testimoniato dal ripetersi di episodi di intervento armato giustificato da esigenze di autotutela¹⁴⁵.

¹⁴³ *Kellogg-Briand Pact 1928: United States Statutes at Large*, vol. 46, parte II, p. 2343 ss.

¹⁴⁴ Wright, *The Meaning of the Pact of Paris*, in *AJIL*, vol. 27, 1933, p. 39-61.

¹⁴⁵ Nei soli anni Trenta, si pensi al caso del bombardamento di Corfù da parte dell'Italia, avvenuto nel 1923 in reazione all'uccisione del Generale Tellini, e all'occupazione della Manciuria da parte del Giappone nel 1931, come ritorsione per un'esplosione - ingiustamente imputata dal Giappone all'esercito cinese - avvenuta su di un tratto della rete ferroviaria che attraversava la regione e che era di proprietà giapponese.

2.2 RICORSO ALLA LEGITTIMA DIFESA PER LA PROTEZIONE DEI CITTADINI ALL'ESTERO

La legittima difesa è espressamente prevista nell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite come eccezione alla proibizione dell'uso della forza nelle relazioni internazionali.

Si tratta di un'eccezione prevista dal diritto internazionale consuetudinario, disposta da una norma che si è formata di pari passo con l'affermazione del principio del divieto dell'uso della forza.

Un tentativo di far rientrare nell'art.51 della Carta l'uso della forza armata giustificandolo quindi come legittima difesa si è avuto, nella prassi internazionale, con l'intervento armato a protezione di cittadini residenti all'estero.

In esame sono i casi in cui uno Stato interviene, facendo ricorso alla forza armata, a difesa dei propri cittadini all'estero ai danni di un altro Stato, del quale viene violata la sovranità, perché considerato responsabile.

Va menzionato il caso del raid israeliano in Uganda nel 1976, ma bisogna aggiungere nell'analisi anche gli interventi statunitensi a Teheran nel 1980 e a Panama nel 1989, il primo per liberare il corpo diplomatico e altri cittadini americani ostaggi degli studenti iraniani, operazione peraltro rivendicata dal governo del paese islamico, il secondo non solo per proteggere i cittadini americani ma anche per difendere il canale e catturare il Generale Noriega e processarlo¹⁴⁶.

Premesso che soltanto due paesi, Stati Uniti e Israele, nella prassi internazionale hanno ufficialmente richiamato, in seno alle Nazioni Unite, l'art.51 per giustificare tali operazioni di protezione dei cittadini all'estero, è difficile fare rientrare in tale disposizione della Carta il fondamento giuridico invocato.

La difficoltà si basa sul fatto che non è possibile una tale interpretazione estensiva dell'art.51 poiché manca il presupposto dell'attacco armato e in più la stessa definizione di aggressione, nella ris.n.3314 (XXIX) sopra richiamata, non fa alcun riferimento ad attacchi contro singoli individui¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Zedalis, *Protection of Nationals Abroad: Is Consent the Basis of Legal Obligation?*, in *Tex. Int'l LJ*, vol. 25, 1990, p. 209-270, a p. 220.

¹⁴⁷ UN Doc. S/PV.1939, parr. 105-121.

La dottrina ha tentato di considerare che la minaccia alla vita dei cittadini di uno Stato può essere considerata un'aggressione contro lo Stato stesso¹⁴⁸, ma più che altro gli Stati hanno tentato di trovare la giustificazione facendo riferimento a quanto prevedeva il diritto consuetudinario precedente alla redazione della Carta delle Nazioni Unite che comunque autorizzava l'esercizio della legittima difesa anche in risposta ad illeciti non costituenti un'aggressione armata.

Tali tentativi però si sono arenati in seno alle Nazioni Unite dove non si è riusciti ad affermare tale diritto né tantomeno a condannare definitivamente le azioni commesse invocando la giustificazione della legittima difesa¹⁴⁹.

Nell'interpretazione dell'art.51 altra dottrina ha considerato discutibile, nel caso dell'intervento degli Stati Uniti a Panama, la motivazione come legittima difesa data dagli Stati Uniti stessi per la loro reazione proprio perché è difficile che un'aggressione a cittadini residenti all'estero possa essere qualificata come un vero attacco armato e quindi come un reale presupposto per esercitare la legittima difesa¹⁵⁰.

In ogni caso il problema della legittimità di tali interventi rimane tuttora aperto.

Soprattutto in presenza della necessità dettata da situazioni di emergenza e limitando al solo fine di risolvere tali situazioni, la reazione in sé illecita può trovare giustificazione solo interpretando estensivamente la definizione di attacco armato al fine di dare un fondamento giuridico a tali interventi coercitivi¹⁵¹.

Altri autori invece non fanno riferimento all'art. 51 per giustificare tali azioni, inquadramento che tra l'altro è stato rigettato dalle Nazioni Unite, ma preferiscono invocare una deroga di carattere consuetudinario all'art. 2 §4¹⁵².

¹⁴⁸ Franck, *Recourse to Force*, cit., p. 82.

¹⁴⁹ Franck, *Recourse to Force*, cit., p. 85.

¹⁵⁰ UN Doc. S/PV.1941, parr. 77-81.

¹⁵¹ UN Doc. S/PV.1940, parr. 45.

¹⁵² UN Doc. S/PV.1939-1943, parr. 49.

2.3 L'USO DELLA FORZA PER PROTEGGERE I CITTADINI ALL'ESTERO PUO' TROVARE FONDAMENTO NELLO STATO DI NECESSITÀ?

L' ammissibilità dell' uso della forza per tutelare l'incolumità dei propri cittadini all'estero veniva considerato nel sistema delle Nazioni Unite.

Tale ammissibilità potrebbe essere sostenuta ove, in conformità ad un indirizzo dottrinale, si ritenesse che esso costituisca una manifestazione del diritto di legittima difesa¹⁵³.

Si potrebbe pensare, alla stregua delle norme internazionali consuetudinarie, che l'uso della forza per la tutela dei cittadini all'estero trovi la sua causa di giustificazione nello stato di necessità: di fronte all'inerzia o all'incapacità dello Stato territoriale, lo Stato nazionale degli ostaggi è costretto a violare la sovranità del primo se intende tutelare la vita dei propri cittadini¹⁵⁴.

Ed invero appare più corretto invocare lo stato di necessità che non la legittima difesa nelle ipotesi in cui il rischio al quale sono esposti gli stranieri non è imputabile allo Stato territoriale¹⁵⁵.

L'attuale vigenza della scusante della necessità sembra doversi affermare, in primo luogo, per esigenze logico-sistematiche, essendo inconcepibile che possa chiedersi agli Stati un comportamento difforme da quello richiesto dalle loro esigenze "vitali" (ove queste siano realmente tali) . In base allo stato di necessità, si potrebbero giustificare le azioni armate di uno Stato sul territorio dello Stato limitrofo per eliminare, nell'inerzia dello Stato territoriale, le basi di bande armate operanti al di là del confine.

Indipendentemente da ogni considerazione circa i problemi che si pongono in ordine a tale causa di esclusione dell'illecito nel diritto internazionale generale e, soprattutto, nel sistema delle Nazioni Unite, la tutela della vita dei propri cittadini, pur essendo un importante potere-dovere dello Stato, non realizza il presupposto fondamentale per il ricorso allo stato di necessità e cioè la presenza di un *«pericolo per l'esistenza dello Stato...così grave ed*

¹⁵³ Potter, *L' intervention en droit International moderne* in *Recueil del cours*, 1930, II, P. 609 ss.

¹⁵⁴ A tale causa di giustificazione sembra aver fatto riferimento il delegato britannico al Consiglio di sicurezza nel suo intervento durante la seduta del 12 luglio 1976.

¹⁵⁵ Anzilotti, *Corso di Diritto Internazionale*, Padova, 1955, p. 414 ss.

imminente da non potersi evitare se non con una condotta diversa da quella che sarebbe prescritta».

2.4 LA PROTEZIONE DEI CITTADINI ALL'ESTERO E L'ISTITUTO DELL'INTERVENTO

Secondo parte della dottrina l'uso della forza per salvare i cittadini all'estero costituisce un'autonoma eccezione al divieto generale dell'uso della forza nelle relazioni internazionali.

Naturalmente resta da accertare se il tipo di intervento ora in esame possa costituire una eccezione al principio di non intervento.

A tal fine, si deve ricordare preliminarmente che, in base al diritto internazionale generale, il divieto d'intervento presuppone la volontà e la capacità dello Stato territoriale di esercitare concretamente i suoi poteri sovrani. E' in armonia con tale principio che si è spesso affermata la liceità dell'intervento tendente a tutelare la vita dei cittadini all'estero.

Ed anche dopo l'adozione della Carta di San Francisco, malgrado la rigidità dell'art. 2 par. 4¹⁵⁶, autorevole dottrina ha continuato ad affermare che, se, per la disorganizzazione dell'apparato dello Stato straniero, l'intervento è indispensabile e urgente per tutelare i nazionali contro atti di violenza non imputabili ad organi statali, esso deve ritenersi tuttora legittimo¹⁵⁷.

Si è rilevato, in particolare, che tale legittimità appare difficilmente contestabile ove si consideri la riscontrata inefficacia delle misure collettive previste dalla Carta in connessione con il divieto dell'uso individuale della forza e come succedanee allo stesso¹⁵⁸. E' su quest'ultimo punto che è necessario soffermarsi.

L'Ordinamento delle Nazioni Unite va riguardato nella sua intrinseca unitarietà, correlando i poteri e i doveri degli Stati con le garanzie offerte agli stessi: ove queste ultime vengano meno, i poteri ed i doveri ad esse correlati non possono conservare la loro originaria latitudine altrimenti verrebbe meno l'equilibrio del sistema.

Orbene, la Carta di San Francisco, al fine di attuare una profonda evoluzione delle relazioni interstatuali, ha attribuito il monopolio dell'uso della forza all'Organizzazione, inibendo tale uso ai piccoli stati.

¹⁵⁶ Vale la pena di rammentare che, quali eccezioni al divieto dell'uso della forza, la Carta prevede, oltre alla legittima difesa, le misure contro gli Stati ex-nemici contemplate negli art. 53 e 107.

¹⁵⁷ Sorensen, *Principes de droit International public*, in *Recueil des Cours*, 1960, III, P. 1 ss.

¹⁵⁸ Brierly, *The Law of the Nations*, Oxford, 1963, p. 427 s.

Nella logica del sistema vi è un'evidente correlatività fra divieto di autotutela ed attuazione della tutela collettiva da parte degli organi societari¹⁵⁹. Ove venga meno, per i singoli Stati, la garanzia di una tutela collettiva non risulta più giustificato inibire gli stessi il ricorso all'autotutela, cos' pure, ove la tutela collettiva non sia in grado di funzionare in relazione a determinate ipotesi, almeno limitatamente a queste, permane la possibilità dell'uso individuale della forza.

Ciò premesso non può negarsi realisticamente che questo sistema è inidoneo a funzionare in relazione alle ipotesi qui prese in considerazione.

La Carta – compreso l'art.2 par. 4 – non può assolvere la sua funzione e la potestà decisionale e operativa ritorna, dunque, agli Stati interessati.

Ovviamente, è auspicabile che si realizzi una cooperazione fra questi: in particolare, è auspicabile che lo Stato territoriale sia in grado di tutelare esso stesso la vita degli stranieri o che, non potendo assicurare tale tutela, presti il suo consenso all'azione dello Stato nazionale degli ostaggi.

Ma, ove nessuna di queste due possibilità si verifichi, lo Stato nazionale degli ostaggi ha il potere di intervenire in territorio straniero per salvaguardare la vita dei suoi cittadini: la recente prassi internazionale, per quanto ancora fluida, evidenzia una "reviviscenza" della norma consuetudinaria costituente il fondamento di tale tipo di intervento¹⁶⁰.

E' possibile indicare i presupposti ed i limiti per il legittimo esercizio del potere d'intervento a tutela dei cittadini all'estero: vi deve essere un gruppo di cittadini dello Stato interventore illecitamente trattenuto in ostaggio; deve risultare palese l'incapacità o l'inerzia dello Stato territoriale a tutelarne l'incolumità; i mezzi impiegati per l'intervento debbono essere limitati, in base ad un principio di rigorosa proporzionalità rispetto al fine perseguito; la violazione della sovranità dello Stato territoriale deve avere durata limitatissima e deve cessare integralmente non appena realizzato lo scopo dell'intervento stesso.

¹⁵⁹ Tale correlatività è stata posta in luce dalla migliore dottrina: con riferimento a quella italiana, vedi ad esempio Conforti, *Appunti dalle lezioni di diritto internazionale*, Napoli, 1976, p. 218.

¹⁶⁰ Fanara, *Gestione di affari e arricchimento senza causa nel diritto internazionale*, Milano, 1966, p. 62 ss.

2.5 IL PREVIO ESAURIMENTO DEI RICORSI INTERNI

La funzione della protezione diplomatica, almeno inizialmente, è stata legata al fenomeno delle emigrazioni e dell'investimento dei capitali in paesi esteri, costituendo uno strumento utile per la soluzione delle controversie relative al mancato adempimento delle norme sul trattamento degli stranieri.

Storicamente la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni viene collegata all'istituto medievale delle rappresaglie, volte ad assicurare la tutela dei cittadini ingiustamente danneggiati in territori stranieri¹⁶¹. Mentre, infatti, in un primo tempo le rappresaglie da parte degli individui offesi all'estero venivano poste in essere senza alcuna restrizione, più tardi le medesime venivano autorizzate solo quando lo Stato territoriale avesse mancato di accordare giustizia allo straniero e dopo che fosse stata accertata l'impossibilità per l'individuo di ottenere giustizia nell'ordinamento straniero.

L'esaurimento infruttuoso dei ricorsi interni veniva visto come un mezzo per rilevare la volontà degli organi stranieri di rifiutare la riparazione.

In seguito, con la nascita dello Stato moderno, la prassi delle rappresaglie private fu sostituita dall'azione dei governi, intesa a proteggere i propri cittadini all'estero e si trasformò gradualmente da requisito delle rappresaglie a requisito per l'esercizio della protezione diplomatica dei cittadini all'estero.

Nella concezione classica della protezione diplomatica la c.d. regola del previo esaurimento dei ricorsi interni imporrebbe che uno Stato non possa intervenire sul piano internazionale a seguito della lesione arrecata ad un proprio cittadino dalla condotta di uno Stato estero, se prima l'individuo non abbia esaurito i ricorsi esistenti nell'ordinamento straniero dove ha subito una lesione di diritto¹⁶².

La valutazione del rilievo riservato all'interesse dei privati rispetto a quello degli Stati acquista una significativa rilevanza per stabilire il rapporto

¹⁶¹ Sull'origine storica della regola si veda Sereni, *Diritto Internazionale*, vol. 1, Milano, 1956, p. 15 ss.

¹⁶² Si escludono di solito, dall'ambito di applicazione della regola, soltanto certe ipotesi nelle quali l'eventuale lesione del cittadino straniero non presenta, in realtà, alcuna autonoma rilevanza sul piano internazionale: come nel caso di oltraggi all'onore dello Stato, violazione delle frontiere, delitti contro Capi di Stato etc. Ipotesi indicate come illeciti diretti che si distinguono dagli illeciti indiretti. Per tale distinzione v. Freeman, *The International Responsibility*, cit., p. 404.

esistente tra i due ordini di interessi, soprattutto in relazione alla operatività che si vuole riconoscere alla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni. Al riguardo alcuni autori¹⁶³ si sono chiesti quale sia il valore giuridico che l'ordinamento internazionale attribuisce al principio in discorso. Si tratterebbe in particolare di accertare se l'applicazione di tale principio sia prevista da una norma consuetudinaria e quindi abbia un'efficacia generale, oppure derivi da norme convenzionali che la richiedano come elemento indispensabile per la configurazione delle fattispecie illecite da esse contemplate che però hanno valore solo per gli Stati contraenti. Si possono configurare, soprattutto in relazione alla violazione di norme che disciplinano il trattamento dei cittadini all'estero, due diverse situazioni. Mentre in un primo caso l'azione internazionale, tende alla riparazione del danno subito dallo Stato in seguito alla violazione della norma internazionale, in una seconda ipotesi l'interesse statale è strettamente connesso con l'interesse individuale ed ha come fine la riparazione della lesione subita dall'individuo. E' in questo caso che viene in rilievo maggiormente l'osservanza del principio del previo esaurimento. L'autonomia di esercizio della protezione internazionale sussiste, quindi, tanto nell'ipotesi in cui la violazione del diritto statale sia indipendente rispetto alla violazione dei diritti del cittadino, tanto quando è quest'ultimo che origina la lesione dell'interesse statale: solo in questo secondo caso la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni diventerebbe la strada principale che il privato deve percorrere per poter ottenere la riparazione del torto subito. Quindi, pur in presenza di una coincidenza delle lesioni subite dallo Stato e dal suo cittadino, il carattere autonomo dell'interesse statale non perde mai la sua preminenza rispetto all'interesse individuale al quale non viene riconosciuta una autonoma rilevanza. Gli Stati, infatti, a loro discrezione, possono decidere di esercitare la protezione senza tener conto degli interessi privati anche se questi di fatto possono trarne beneficio¹⁶⁴.

¹⁶³ Borchard, *The Diplomatic Protection*, cit., p. 353.

Carabiber, *Les juridictions internationales*, de droit privé, 1947, p. 133 ss.

¹⁶⁴ A tal proposito viene in rilievo la c.d. clausola Calvo che apposta ad un contratto stipulato tra un privato ed uno Stato estero, si esclude ogni possibilità di intervento diplomatico da parte dello Stato nazionale dell'individuo per ogni controversia derivante dal contratto. In altri termini, il privato si obbliga a non ricercare l'assistenza del proprio governo a sostegno delle proprie rivendicazioni. Sulla clausola Calvo si vedano Borchard, *The Diplomatic Protection*, cit., p. 792 ss; Witemberg, *L'organisation judiciaire*, cit., p. 159.

Per quanto riguarda la natura della regola in discorso, la dottrina ha dato luogo a due orientamenti contrapposti.

Secondo alcuni autori essa avrebbe natura sostanziale¹⁶⁵, nel senso che la responsabilità internazionale dello Stato, per la violazione delle norme sul trattamento degli stranieri, sorgerebbe soltanto dopo l'esaurimento infruttuoso dei ricorsi interni da parte del privato nell'ambito dell'ordinamento statale ove ha subito la lesione. Secondo questa teoria è il diniego di giustizia che crea da un lato la responsabilità dello Stato autore dell'illecito e dall'altro fa sorgere il diritto dello Stato di appartenenza del privato di esercitare l'intervento in protezione diplomatica.

Altri autori hanno sviluppato una seconda teoria, sempre sulla natura sostanziale della regola, delimitando il suo ambito di applicazione solo nell'ipotesi di violazione di obblighi di risultato che lasciano allo Stato libertà di scelta per quanto riguarda i mezzi da utilizzare¹⁶⁶.

A tale orientamento si contrappone la teoria che insiste sulla natura procedurale della regola in questione¹⁶⁷.

La responsabilità dello Stato territoriale sorge immediatamente, non appena si verifichi una lesione di tutti i diritti dello straniero che sono riconosciuti dal diritto internazionale. Il diritto dello Stato nazionale del cittadino leso di far valere sul piano internazionale tale responsabilità sorge solo dopo che sono stati esauriti i ricorsi interni nello Stato territoriale senza alcun risultato.

La dottrina maggioritaria, nonostante sia divisa sulla natura giuridica del principio in parola, configurandolo o come condizione sostanziale per il sorgere stesso dell'illecito internazionale oppure come condizione processuale, per l'esercizio della protezione diplomatica, è concorde nel riconoscergli il valore di un principio generale nell'ordinamento internazionale, in quanto prescritto da una norma consuetudinaria, relativamente ai danni subiti da privati stranieri e trova applicazione ogni qual volta uno Stato intenda promuovere l'azione internazionale contro uno

¹⁶⁵ Questa teoria deve farsi risalire a Borchard, *The Diplomatic Protection* cit., p. 817; Hoijer, *La responsabilità internazionale des Etats*, Paris, 1930, pp. 172ss., 186 ss; Durand, *Revue générale de droit International public*, 1931 p. 705 ss.; Brierly, *Règles général du droit de la paix*, in *Recueil des Cours*, 1936, IV, p. 175.

¹⁶⁶ Durante, *Ricorsi individuali a organi internazionali. Contributo alla teoria della personalità internazionale dell'individuo*, Milano, 1958, p. 137.

¹⁶⁷ De Visscher, *Notes sur la responsabilité*, cit., p. 245 ss.

Stato colpevole di aver leso i diritti di un suo cittadino¹⁶⁸. Al contempo non mancano opinioni divergenti. Altra parte della dottrina, infatti, è fortemente critica su questo punto in quanto nega l'esistenza stessa della regola nel diritto consuetudinario e sostiene che essa sia piuttosto una conseguenza determinata dalla applicazione di diverse specifiche norme internazionali che la richiedano come elemento di volta in volta indispensabile per la configurazione delle fattispecie illecite da essa contemplate¹⁶⁹.

All'esistenza di queste due correnti dottrinali contrapposte fa riscontro una prassi giurisprudenziale incostante: numerose decisioni richiamano ed applicano il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni, altre decisioni lo ignorano, in quanto ritengo che questo non costituisca un impedimento alla presentazione di un reclamo internazionale.

È stato osservato che «A failure to resort to local courts... has several times been held insufficient reason for debarring them from appearing before an international tribunal». Il principio in esame ha trovato scarsa applicazione nella giurisprudenza dei Tribunali Arbitrali Misti successivi alla prima guerra mondiale e delle Commissioni di conciliazione sorte in seguito al Trattato di pace del 1947¹⁷⁰. Successivamente anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nel 1960, ha affermato che «nell'ambito in cui la Corte ha competenza, non può esservi questione di previo esaurimento delle vie giudiziarie nazionali... Essendo alla Corte competente a decidere la questione di diritto che le è stata sottoposta.. il fatto che il ricorrente non abbia esaurito la via giudiziaria avanti le giurisdizioni del suo paese non osta alla ricevibilità del ricorso»¹⁷¹.

In altri casi, nonostante l'affermazione in via di principio della validità della regola in parola, quest'ultima è stata disapplicata nel caso concreto invocando l'esistenza di eccezioni.

La prassi degli Stati ha dato luogo a divergenti applicazioni del principio che manifestano una tendenza a non volerla inquadrare in un rigido schema dogmatico, dato il suo condizionamento dalle specifiche caratteristiche del

¹⁶⁸ Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 213 ss.

¹⁶⁹ Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 349 ss.

¹⁷⁰ Nella decisione n. 4 del 13 novembre 1948 la Commissione di conciliazione franco-italiana ritenne non solo che non viera l'obbligo di avere esperito i ricorsi interni per adire la Commissione, ma che era necessario rinunciare ai procedimenti interni in corso.

¹⁷¹ V. la decisione del 16 dicembre 1960 nell'affare Humblet, in *Raccolta della giurisprudenza della Corte*, 1960, VI, p. 1114 ss.

caso concreto. Effettivamente in diverse occasioni gli Stati sono stati favorevoli alla necessità dell'applicazione del principio in parola, salvo discordare a volte sul suo significato, la sua efficacia e sulla sua validità.

Neanche dall'esame del diritto convenzionale in materia è possibile trarre dati certi circa il valore reale del principio in questione. Accanto ad accordi, infatti, che non contengono alcun riferimento ad esso¹⁷² o che lo escludano esplicitamente, altri lo richiamano¹⁷³.

Se la necessità del previo esaurimento viene affermata in via di principio, è possibile constatare quanto spesso, nella prassi, il suo pretesto valore di regola generale e assoluta venga, di fatto, a flettersi per la presenza di diverse eccezioni. Questo aspetto è posto in rilievo sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza¹⁷⁴, dando origini ad un quadro piuttosto eterogeneo, le quali le eccezioni più che venire considerate come un ampliamento della tutela dell'interesse del privato venivano viste come prova della mancata rilevanza generale della regola in parola. Si esclude unanimemente la necessità del previo esaurimento dei ricorsi interni quando l'organizzazione giurisdizionale interna di uno Stato non presenti un grado sufficiente di efficienza e garanzia¹⁷⁵.

Una possibilità di derogare alla regola si è ravvisata anche nelle ipotesi in cui l'intervento statale sia finalizzato al prevenire il ripetersi di altri analoghi illeciti o per evitare nuovi danni. L'eccezione potrebbe, inoltre, essere di fatto dipendente da una particolare situazione in cui l'individuo viene a trovarsi (lontananza della sede dell'organo giudicante, entità delle spese da sostenere, quando l'adire gli organi giurisdizionali statali possa rilevarsi dannoso).

Tali eccezioni comunque non hanno ricevuto dalla prassi una conferma costante e generale, ma ci si è sempre limitati a porre in risalto il loro valore relativamente al caso di specie¹⁷⁶.

Una parte della dottrina ha precisato che l'azione internazionale è diretta a tutelare interessi esclusivamente statali e si svolge generalmente su piani diversi rispetto alla procedura giurisdizionale, dove è più difficile

¹⁷² Es.: Convenzione fra Gran Bretagna e Francia del 20 novembre 1815 (*La Fontaine* op. cit., p. 101).

¹⁷³ La regola del previo esaurimento dei ricorsi è richiamata nella Convenzione istitutiva della Corte di Giustizia centroamericana firmata a Washington il 20 dicembre 1907 art. 2.

¹⁷⁴ V. Mabrouk, *op. cit.*, 146; Gaja, *L'esaurimento dei ricorsi interni*, cit., p. 77 ss.

¹⁷⁵ Borchard, *The Diplomatic Protection* cit., p. 823 ss.

¹⁷⁶ Mc Nair, *International Law Opinions*, Cambridge, 1956 II, p. 312.

raggiungere un accordo. E' assai più probabile, invece, che in tale sede siano portati i casi che rientrano in protezione diplomatica, in quanto essa ha come unico fine la riparazione del danno individuale, rispetto alla quale opera il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni¹⁷⁷.

Nel caso in cui il privato sia riuscito ad ottenere soddisfazione all'interno dello Stato dove ha subito il pregiudizio è possibile affermare che, venendo meno l'oggetto della controversia, l'azione dello Stato resterà priva di fondamento¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Strozzi, *Interessi*, cit., p. 605 ss.

¹⁷⁸ Borchard, *The Diplomatic Protection* cit., p. 353.

2.6 LA REGOLA DEL PREVIO ESAURIMENTO DEI RICORSI INTERNI: EVOLUZIONE IN MATERIA DI PROTEZIONE DIPLOMATICA

Uno degli aspetti che conviene prendere in esame nella ricostruzione delle tendenze evolutive nell'istituto della protezione diplomatica è quello di verificare se la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni sia stata influenzata dal processo di cambiamento in materia di trattamento degli stranieri e dei loro beni e se abbia subito modifiche di un certo rilievo.

Al riguardo, occorre innanzitutto che sin dalla fine degli anni '60 le norme consuetudinarie sul trattamento degli stranieri ed in particolare la regola del previo esaurimento sono state oggetto di contestazione da parte dei nuovi Stati sorti dal processo della decolonizzazione.

Inoltre, una serie di fattori, quali il ruolo sempre più determinante delle società multinazionali su larghi settori dell'economia mondiale, l'incremento degli investimenti nei paesi in via di sviluppo con la partecipazione di capitali pubblici, hanno favorito la formazione di una prassi dove la regola del previo esaurimento non riceveva di fatto applicazione, determinando così una netta prevalenza della tutela degli interessi statali rispetto alla protezione degli interessi dei privati. Si tratta di un fenomeno evidente soprattutto in tema di nazionalizzazioni, ed in particolare nell'utilizzo dei *lump sum agreements*, accordi a carattere preventivo diretti a disciplinare gli investimenti e ad istituire appositi meccanismi di garanzia reciproca ed accordi di indennizzo di carattere globale e forfetario. Risulta, quindi, evidente la scarsa considerazione che viene data alla regola del previo esaurimento e di conseguenza alla tutela dei singoli.

Anche le Convenzioni Internazionali in materia di investimenti privati all'estero prevedono, in caso di violazione dei contratti di investimento, una responsabilità internazionale immediata dello Stato territoriale, senza che corra tener conto dell'esaurimento dei ricorsi interni; d'altra parte anche gli strumenti di garanzia interstatali, risultanti da tali convenzioni, escludono l'applicazione della regola del previo esaurimento. Infine, in materia di rapporti commerciali internazionali, un altro fattore che ha contribuito al mancato utilizzo della regola in questione è dato dalla circostanza che con sempre maggiore frequenza si ricorreva all'arbitrato internazionale,

riducendo così la possibilità i giudici interni di giudicare sulle eventuali controversie. Il fenomeno della prevalenza degli interessi statali sugli interessi privati si sarebbe in ogni caso palesato non soltanto nel settore tradizionale del trattamento degli stranieri, ma anche in quello della tutela degli interessi privati.

Ad esempio, nel settore delle attività ad alto rischio e delle attività spaziali, sono stati stipulati diversi trattati che prevedono il regime di responsabilità oggettiva relativa o assoluta, con conseguente esclusione del ricorso alla regola del previo esaurimento. Lo stesso si è verificato nel settore delle attività nucleari ed in quello delle controversie in materia di inquinamento ambientale.

Rispetto alla prassi suindicata, se è vero che la maggior parte della dottrina¹⁷⁹ ha posto in rilievo come la regola in questione stesse attraversando una fase di declino che coinvolgeva lo stesso istituto della protezione diplomatica, è anche vero che vi è un ampio consenso sul fatto che tale declino non ha fatto venir meno il carattere consuetudinario della regola del previo esaurimento, che è rimasta in vigore e non ha subito mutamenti sostanziali.

Le conclusioni a cui è giunta la dottrina riguardo all'applicazione della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni nell'ambito della protezione diplomatica vanno, ora, esaminate con riferimento al ruolo che la regola in discorso riveste nel settore dei diritti umani¹⁸⁰.

Il fine è quello di valutare se e in che misura l'evoluzione della tutela dei diritti dell'uomo ha avuto dei riflessi sull'istituto della protezione diplomatica, tenuto conto che tale tutela ha avuto origine dalla normativa sul trattamento degli stranieri e dei loro beni, normativa della quale costituisce, quindi, un naturale sviluppo.

Si deve considerare, inoltre, che in sede di lavori di codificazione della protezione diplomatica, nel ricostruire il contenuto della regola del previo esaurimento, è stata presa in considerazione anche la giurisprudenza in tema dei diritti umani.

¹⁷⁹ Poulantzas, *The Rule of Exhaustion*, cit., p. 102.

¹⁸⁰ L'evoluzione in tale materia ha avuto inizio con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 ed ha portato la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza a riconoscere la soggettività internazionale degli individui, seppur limitata. Ad essi si indirizzano due distinti gruppi di norme: quelle relative agli obblighi e quelle che attengono ai diritti previsti non solo da norme convenzionali ma anche consuetudinarie.

Sono ormai numerosi gli accordi internazionali sui diritti dell'uomo che contengono disposizioni sull'esaurimento dei ricorsi interni, ispirate all'art. 35 della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo del 1950. Tale norma prevede da un lato la possibilità di esercitare il diritto di ricorso individuale davanti alla Corte e dall'altro pone il condizionamento di carattere generale della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, anche in caso di ricorso contro il proprio Stato nazionale¹⁸¹.

L'inserimento di tali disposizioni nei trattati sui diritti umani è stato oggetto di dibattito da parte della dottrina.

Alcuni autori ritengono che la regola del previo esaurimento non abbia carattere consuetudinario nei sistemi di protezione dei diritti dell'uomo. Avendo, quindi, natura esclusivamente pattizia viene considerata inapplicabile in assenza di una espressa disposizione¹⁸².

Altri, invece considerano la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni di natura consuetudinaria ed applicabile in via analogica nel settore della protezione dei diritti dell'uomo¹⁸³.

La ragione per la quale la regola del previo esaurimento è stata inserita nei trattati sui diritti umani può, infatti, volere significare la volontà degli Stati di ribadire la sua esistenza sul piano del diritto internazionale generale e quindi estendere la sua applicazione anche in tale ambito. Se un individuo straniero viene leso in un suo diritto da parte dello Stato che lo ospita, nella mancanza di norme convenzionali *ad hoc*, lo Stato nazionale dello straniero agirebbe in protezione diplomatica sulla base della norma consuetudinaria tradizionale del previo esaurimento che amplierebbe così la sua sfera di applicazione subendo un processo di rinnovamento.

Occorre considerare, inoltre, che la regola del previo esaurimento esplica la funzione di accertare se l'ordinamento interno di uno Stato parte di un trattato sui diritti umani si è conformato agli obblighi in esso contenuti. Dalla circostanza che lo Stato si è impegnato ad accordare agli individui la protezione dei diritti riconosciuti in tale trattato, nell'ambito del proprio ordinamento interno, ne consegue che la regola del previo esaurimento

¹⁸¹ Spatafora, *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni nella giurisprudenza della Commissione Europea dei diritti dell'Uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1974, p. 559.

¹⁸² Cassese, *Sul funzionamento del sistema dei ricorsi individuali*, cit., p. 558 s.

¹⁸³ Pisillo Mazzechi, *Esaurimento dei Ricorsi Interni e Diritti Umani*, cit., cap I e p. 223 ss.

consente di verificare l'attuazione interna dei diritti umani e di garantire agli individui ricorsi interni effettivi, favorendo una maggiore protezione dei loro diritti rispetto agli interessi statali.

Il funzionamento della regola tradizionale del previo esaurimento potrebbe essere influenzato dalla prassi di rinunciare al diritto di pretendere l'applicazione della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni.

Tale prassi è stata rilevata e messa in luce dai lavori della Commissione di diritto internazionale che hanno confermato come la facoltà di rinuncia, esercitata attraverso sia forme espresse che tacite, sia pacificamente espressa dal diritto internazionale generale.

La giurisprudenza internazionale sui diritti umani tende ad estendere ulteriormente le ipotesi di rinuncia tacita, deducendo la volontà di rinunciare dal mancato sollevamento, in sede di obiezioni preliminari, dell'eccezione in parola.

Verso una maggiore flessibilità della regola del previo esaurimento depone, infine, la previsione di una serie di eccezioni alla regola del discorso. Si tratta di uno degli aspetti più controversi della regola, in quanto non vi è consenso sul loro contenuto e sulla loro natura.

Per alcuni autori si tratterebbe di vere e proprie eccezioni, per di più numerose, alla regola¹⁸⁴.

In senso opposto, vi è chi ritiene che tutti i limiti alla regola del previo esaurimento si risolvano in un solo limite più generale, secondo cui occorrerebbe esaurire i ricorsi interni tutte le volte in cui tale esaurimento sarebbe in pratica utile¹⁸⁵.

Infine, secondo una tesi intermedia, tali eccezioni sarebbero piuttosto pochi limiti impliciti alla regola, che derivano dalla funzione stessa della regola¹⁸⁶.

Nella prassi, i casi di non applicazione della regola si possono raggruppare in quattro ipotesi: a) inaccessibilità dei ricorsi interni; b) inefficacia e inadeguatezza dei ricorsi interni e quindi loro inutilità; c) diniego di giustizia; d) circostanze speciali.

In particolare, nel sistema della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, è possibile presentare un ricorso anche prima che i ricorsi interni siano esauriti

¹⁸⁴ V. Dugard, *Third Report on diplomatic protection*, cit., p. 5 ss.

¹⁸⁵ Kokott, *Interim Report*, cit., p. 621 ss.

¹⁸⁶ V. la decisione della Commissione il 16 dicembre 1961 in *Yearbook*, vol. 4, p. 384 ss.

purchè la decisione sia presa prima che si pronunci sulla ricevibilità del ricorso. La Commissione Europea prima e la Corte dopo, attraverso una interpretazione estensiva, hanno talora accolto l'eccezione anche se tardiva¹⁸⁷.

Da una valutazione della prassi e della dottrina fin qui esaminata, condividere un orientamento che pone in dubbio la tesi tradizionale, bene espressa nel già citato caso *Mavrommatis*, secondo cui uno Stato nell'esercitare la protezione diplomatica in favore di un suo cittadino, invoca esclusivamente il proprio diritto e non il diritto dell'individuo.

Concordo, in primo luogo, con quella parte della dottrina secondo la quale la regola del previo esaurimento dei ricorsi interno avrebbe mantenuto il carattere del principio generale.

Molte norme inserite nei Trattati sulla protezione dei diritti umani specificano, infatti che i ricorsi interni devono essere esauriti in conformità con i principi generali del diritto internazionale, facendo in tal modo espresso rinvio alla norma consuetudinaria sul previo esaurimento vigente in materia di protezione diplomatica. Questo rinvio ha consentito, agli organi istituzionali di controllo sui diritti umani di fare riferimento anche ai principi generali del diritto.

Secondariamente, sulla base di una interpretazione estensiva della regola del previo esaurimento¹⁸⁸, più favorevole alla tutela dell'individuo vittima, ritengo si possa pervenire, in materia di protezione diplomatica, ad una maggiore tutela non soltanto del cittadino ma dell'individuo in quanto tale. Quest'ultimo, infatti, viene attualmente preso in considerazione non più come oggetto della sovranità statale, ma come persona umana, determinando la prevalenza del principio che la violazione del diritto di un individuo di nazionalità straniera non costituisce soltanto un illecito nei confronti del suo Stato nazionale, ma altresì una lesione diretta di un diritto individuale.

Lo Stato nazionale della vittima può sempre intervenire per tutelare l'individuo, ma non più sostituendosi a quest'ultimo nell'esercizio dei suoi diritti.

In altri termini lo Stato può considerare che una violazione di un diritto del proprio cittadino lede un proprio interesse, e la conseguente pretesa alla

¹⁸⁷ Amerasinghe, *Local Remedies*, cit., p. 187 ss.

¹⁸⁸ Orrego Vicuna, *Interim Report*, cit., pp. 631-635.

riparazione può essere in funzione della tutela degli interessi sia dello Stato , sia dell'individuo.

Questo nuovo modo di interpretare la materia del trattamento degli stranieri a seguito dell'evoluzione della normativa sui diritti umani è destinato ad incidere sull'applicazione in materia di protezione diplomatica della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni: quest'ultima la quale potrà garantire che gli interessi individuali, violati nelle singole fattispecie, vengano maggiormente tutelati.

Tale regola, infatti, non deve più svolgere il compito di proteggere la sovranità dello Stato dall'intervento in protezione diplomatica di un altro Stato, ma regolare l'accesso dell'individuo alle istanze giurisdizionali internazionali, operando al contempo un coordinamento tra procedure internazionali e quelle esistenti negli ordinamenti interni.

Sarebbe auspicabile che l'istituto della protezione diplomatica, dati i tempi eccessivamente lunghi dei processi, venisse meno in grado di funzionare agevolmente senza quegli ostacoli che il rispetto del principio in discorso comporta.

I lavori della Commissione del diritto internazionale sfociati nel Progetto approvato nel 2006 hanno cercato di garantire una maggiore autonomia all'interesse del privato, anche attraverso l'inserimento di alcune eccezioni relative all'applicazione del principio del previo esaurimento dei ricorsi interni.

2.7 L'INCIDENZA DEI MECCANISMI INTERNAZIONALI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE SULL'ISTITUTO DELLA PROTEZIONE DIPLOMATICA

Vorrei soffermarmi sul problema della rilevanza nel diritto internazionale generale dell'istituto della protezione diplomatica alla lice, in particolare, dell'esistenza di meccanismi di ricorso individuale, previsti in alcuni sistemi normativi di natura speciale che precludono il ricorso alla protezione diplomatica, o ne sospendono temporaneamente l'esercizio.

A questo punto si pone il problema della coesistenza e della ripartizione dei ruoli tra l'azione di protezione esperibile dallo Stato nazionale e il diritto dell'individuo al ricorso individuale.

Così, per esempio, è agli individui non al loro Stato nazionale che viene normalmente concesso il diritto a ricorrere al Tribunale iraniano – americano dei reclami, anche se limitatamente alle «small claims»¹⁸⁹.

Al contrario nel sistema dell'UNCC (United Nations Compensation Commission), che in realtà non è che un meccanismo molto complesso di protezione diplomatica, è previsto che «claims will be submitted by Governments» tuttavia una «corporation or private entity... may itself make a claim to the Commission... » se lo Stato nazionale non l'ha proposto entro un certo termine.

Tuttavia non si deve credere che tali meccanismi comportino necessariamente l'abolizione del ruolo della protezione diplomatica: gli stessi conducono invece «à l'imposition d'une démarche préalable; en somme, non pas comme moyen vivant à éviter dans toute la mesure du possible que le besoin en soit ressenti, en sauvegardant toutefois sa fonction essentielle d' *ultima ratio*»¹⁹⁰. Esistono, inoltre, sistemi convenzionali volti alla protezione dei diritti individuali di carattere economico che disciplinano i rapporti fra protezione diplomatica e presentazione di ricorsi da parte di privati.

L'art. 27 della Convenzione di Washington del 1965 istituiva dell' ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes), un organo preposto a risolvere le controversie fra Stati e privati stranieri in materia di

¹⁸⁹ V. *International Legal Materials*, 1981, p. 231.

¹⁹⁰ Condorelli, *La protection diplomatique*, cit., p. 17.

investimenti, prevede che «no Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention...»¹⁹¹.

Riguardo al meccanismo di arbitrato tra gli investitori stranieri e Stati parte alla Convenzione di Washington del 1965, quando un individuo si consideri leso nei suoi diritti da uno Stato parte che ha adottato nei suoi confronti misure illegali non avrà bisogno dell'intervento del suo Stato nazionale, potendosi rivolgere direttamente all'arbitrato ICSID e quindi accedere ad una procedura contenziosa efficace che gli permetta di tutelare i propri diritti sullo stesso piano dello Stato parte.

Lo Stato nazionale a sua volta è obbligato a non accordare una tale protezione al suo cittadino e a non formulare alcuna rivendicazione internazionale nell'interesse del suo cittadino considerato che questi può ricorrere all'arbitrato, ma quest'obbligo viene meno «si l'autre d'Etat comntractant ne se conforme pas à la sentence rendue à l'occasion du diffèrend».

Si deve rilevare che nel campo di applicazione della Convenzione di Washington la protezione diplomatica continua ad essere uno strumento internazionale utilizzabile anche se sembrerebbe rivestire il ruolo di ultima istanza.

Tuttavia mentre secondo la concezione tradizionale della protezione diplomatica questa logica di ultima *ratio* si realizza mediante l'applicazione della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, nel campo di applicazione della Convenzione suindicata è previsto il ricorso al ICSID come preliminare rispetto all'azione internazionale rispetto allo Stato nazionale. Se il primo non sortisce gli effetti desiderati e se lo Stato autore dell'illecito non rispetta le sentenze ICSID è possibile ricorrere alla protezione diplomatica.

Un problema di coordinamento si pone anche tra la protezione diplomatica e i ricorsi individuali in assenza di previsioni specifiche in materia.

¹⁹¹ Sull'interpretazione di questa norma si veda la sentenza del tribunale ICSID resa il 10 settembre 2000 nel caso *Banro American Resource, Inc. and Societè auriferè du Kivu et du Maniera S.A.R.L. v. Democratic Republic of Congo*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2002, p. 386 ss.

Relativamente ai meccanismi di ricorso individuale che sono previsti da diverse convenzioni di carattere universale e regionale sulla tutela dei diritti dell'uomo, alcuni autori hanno sostenuto la prevalenza degli strumenti individuali di tutela dei diritti fondamentali, attribuendo di conseguenza alla protezione diplomatica carattere sussidiario¹⁹².

¹⁹² Dominicè, *La prétention de la personne privée*, cit., pp. 744-745.

2.8 ECCEZIONI ALLA REGOLA DEL PREVIO ESAURIMENTO DEI RICORSI INTERNI

In merito al dibattito dottrinale,¹⁹³ sul carattere sostanziale, procedurale o misto della regola dell'esaurimento dei ricorsi interni, occorre porre in rilievo che il Relatore speciale in materia di protezione diplomatica, apportando una modifica ad una precedente posizione favorevole alla c.d. teoria mista o intermedia in tema di esaurimento dei ricorsi nazionale, ha espressamente accolto la tesi della natura procedurale della regola, affermando in un progetto di articolo che « the requirement that local remedies must be exhausted is a procedural precondition... ». Pur non essendo stata dalla Commissione fatta propria, la tesi accolta dal Relatore speciale si fondava sull'orientamento secondo il quale, in materia di protezione diplomatica, la violazione di norme internazionali sul trattamento dello straniero si tradurrebbe in un illecito internazionale, che, tuttavia, potrebbe essere oggetto di ricorso soltanto dopo l'esaurimento dei ricorsi interni da parte dell'individuo¹⁹⁴.

Riguardo all'ambito dell'applicazione della regola dell'esaurimento dei ricorsi interni, il Progetto contiene la previsione di alcune eccezioni che riguardano sia il problema dell'equa distribuzione dell'onere della prova sull'esistenza di mezzi interni di ricorso sia la rinuncia da parte dello Stato, autore della violazione all'esaurimento dei ricorsi stessi¹⁹⁵. L'art. 15, infatti, dispone che « local remedies do not need to be exhausted where: a) There are no reasonably available local remedies to provide effective redress, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress; b) There is undue delay in the remedial process which is attribute to the State alleged to be responsible; c) There was no relevant connection between the injured person and the State alleged to be responsible at the date of injury; d) The injured person is manifestly precluded from pursuing local remedies; or the State alleged to be responsible has waived the requirement that local remedies be exhausted».

¹⁹³ V. *supra* cap. II par. 2.5

¹⁹⁴ Treves, *Diritto Internazionale, Problemi Fondamentali*, Milano, 2005, p. 497

¹⁹⁵ Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni*, cit. p. 38 ss.

Con riferimento al problema relativo all'individuazione di tali eccezioni¹⁹⁶, si è sostenuto che il regime sui diritti umani e la prassi degli organi di controllo sul rispetto dei diritti individuali previsti a livello convenzionale sembrano aver esplicitato degli effetti sul carattere e l'efficacia dei ricorsi interni¹⁹⁷.

Tale prassi è stata presa in considerazione nei lavori della Commissione del diritto internazionale sulla protezione diplomatica, per quanto attiene l'accoglimento dell'eccezione in base alla quale la regola del previo esaurimento non si applica, nell'ipotesi, prevista dal comma a) « no reasonable possibility of effective redress ». Un'ulteriore precisazione è contenuta nell'ipotesi prevista nel comma b) che in caso di « undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible ».

Sempre in tema di determinazione dei casi di inefficacia e inadeguatezza dei ricorsi investe un certo rilievo l'ipotesi, accolta dalla Commissione, in base alla quale non bisognerebbe pretendere l'esaurimento dei ricorsi interni quando « there was no relevant connection between the injured person and the State to be responsible at the date of injury » (comma c).

Sebbene non esista una prassi consolidata in relazione alla sottrazione delle fattispecie rientranti in tale ipotesi alla regola dell'esaurimento dei ricorsi interni, in quanto circoscritta ad alcuni casi di danni ambientali di carattere transfrontaliero che coinvolgono più Stati, oppure riguardanti casi di abbattimento di aerei che hanno sorvolato senza autorizzazione lo spazio aereo di uno Stato straniero, la deroga in esame appare chiaramente volta ad una protezione maggiore dei diritti degli individui in casi nei quali non esista un collegamento con il territorio di uno Stato e diventasse un onere particolarmente gravoso per l'individuo il rispetto della regola del previo esaurimento.

Riguardo al secondo aspetto, richiamato in precedenza, cioè quello relativo agli effetti della disciplina sui diritti umani, sull'individuazione del soggetto a cui compete di comprovare l'esistenza di mezzi adeguati di ricorso all'interno dell'ordinamento dello Stato che ha commesso l'illecito, è stato sottolineato¹⁹⁸ che i dati desumibili dall'esame della prassi in tema di

¹⁹⁶ Virzo, *Corte Internazionale di Giustizia. Sentenze e pareri consultivi*, in *La Comunità Internazionale*, 2005 pp. 539-540.

¹⁹⁷ Pisillo Mazzeschi, *Esaurimenti dei ricorsi interni*, cit., p. 171 ss.

¹⁹⁸ Pustorino, *Recenti sviluppi*, cit., p. 100 ss.

applicazione di numerosi di numerosi trattati universali e regionali sulla protezione dei diritti umani avevano costituito uno dei parametri principali per la formulazione da parte del Relatore speciale della disposizione pertinente.

Sebbene al Commissione non abbia ritenuto indispensabile l'inserimento di una regola specifica in materia, si può nondimeno ritenere che la rilevanza specifica della prassi relativa all'applicazione dei trattati sui diritti umani potrà essere presa in considerazione per quanto attiene la risoluzione pratica dei problemi concernenti l'onere della prova in tema di esaurimento dei ricorsi interni.

Infine, occorre fare riferimento al problema della rinuncia da parte dello Stato autore della violazione di pretendere da parte dell'individuo il previo esaurimento dei ricorsi interni.

Come evidenziato in precedenza se è pacificamente ammessa nel diritto internazionale generale la possibilità di rinunciare a tale diritto in quanto « the rule which require me prior exhaustion of domestic remedies is designed for the benefit of the State »¹⁹⁹, occorre mettere in rilievo che gli studi della Commissione del diritto internazionale sulla prassi convenzionale e giurisprudenziale, hanno confermato come nel diritto internazionale siano ormai diffuse forme, sia espresse che implicite, di rinuncia al diritto di richiedere l'esaurimento dei mezzi interni di ricorso.

Accogliendo tale orientamento, la Commissione del diritto internazionale, pur rilevando che « waiver of local remedies must not be readily implied », ha tuttavia aggiunto, sotto un profilo generale, che « where, however, the intention of the parte sto waive the local remedies is clear, effect must be given to this intention ».

¹⁹⁹ Si veda la decisione del 13 novembre 1981 della Corte interamericana dei diritti dell'uomo nel caso Viviana Gallardo, in *International Legal Materials*, 1981 par. 26 p. 1056.

2.9 IL COORDINAMENTO FRA PROTEZIONE DIPLOMATICA E RICORSI INDIVIDUALI

Con particolare riguardo ai meccanismi di ricorso individuale previsti da diverse Convenzioni di carattere universale e regionale sulla tutela dei diritti che non disciplinano espressamente il problema in esame, vi è chi ha sostenuto la prevalenza degli strumenti individuali di tutela dei diritti fondamentali, ritenendo pertanto di carattere sussidiario il ricorso alla protezione diplomatica.

L'art. 27 della Convenzione di Washington del 1965 istitutiva dell'ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes), che ha competenza a risolvere le controversie fra Stati e privati stranieri in materia di investimenti, prevede: "No Contracting States shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention [...]"²⁰⁰. In senso analogo, alcuni trattati bilaterali sugli investimenti, prevedendo la risoluzione delle controversie in materia di investimenti stranieri attraverso il ricorso ai tribunali nazionali dello Stato nel quale viene effettuato l'investimento, oppure per arbitrato internazionale, escludono di conseguenza la possibilità per lo Stato nazionale di esercitare la protezione diplomatica ²⁰¹. Più complesso risulta il coordinamento fra protezione diplomatica e ricorsi individuali in assenza di previsioni specifiche in materia. Con particolare riguardo ai meccanismi di ricorso individuale previsti da diverse convenzioni di carattere universale e regionale sulla tutela dei diritti dell'uomo, che non disciplinano espressamente il problema in esame, vi è chi ha sostenuto la prevalenza degli strumenti individuali di tutela dei diritti fondamentali,

²⁰⁰ In United Nations Treaty Series, vol. 575, p. 159 ss. Sull'inquadramento del sistema giurisdizionale previsto in seno all' ICSID nell'ambito dell'evoluzione complessiva della giurisdizione internazionale si veda DelVecchio, *Giurisdizione internazionale e globalizzazione. I tribunali internazionali tra globalizzazione e frammentazione*, Milano, 2003, p. 49 ss.

²⁰¹ Sull'interpretazione di questa norma si vedano le osservazioni contenute nella sentenza del tribunale ICSID resa il 1° settembre 2000 nel caso *Banro American Resources, Inc. and Société aurifère du Kivu et du Maniera S.A.R.L. v. Democratic Republic of Congo*, in *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2002, p. 386 ss.

ritenendo pertanto di carattere sussidiario il ricorso alla protezione diplomatica²⁰². In proposito, tuttavia, appare più conforme agli elementi ricavabili dalla prassi la posizione recentemente assunta dalla Commissione del diritto internazionale che, nel progetto di articoli approvato nel 2004, ha inserito una regola in base alla quale le norme sulla protezione diplomatica vengono escluse dall'ambito di applicazione di tali sistemi soltanto "where, and to the extent that, they are inconsistent with special treaty provisions" (art. 18). La ratio della regola, che la stessa Commissione propone di interpretare in senso restrittivo, precludendo pertanto il ricorso alla protezione diplomatica soltanto se tale esclusione è espressamente stabilita dai sistemi normativi speciali²⁰³, risiede nella possibilità per l'individuo di avvalersi di ogni strumento disponibile per la tutela dei propri diritti, sia accedendo direttamente ai meccanismi di ricorso individuale eventualmente stabiliti da regimi speciali, sia richiedendo l'intervento in protezione diplomatica da parte dello Stato nazionale²⁰⁴.

Si può in conclusione ritenere che l'istituto della protezione diplomatica continui tuttora a svolgere un ruolo essenziale nel diritto internazionale.

Sul piano generale, infatti, sembra che la persistente importanza e l'attualità della protezione diplomatica trovino conferma negli stessi mutamenti di una certa rilevanza intervenuti in materia di protezione diplomatica e riguardanti, come si è visto, la natura e soprattutto le nuove finalità dell'istituto, che

²⁰² In questo senso ad esempio l'accordo bilaterale fra El Salvador e Argentina del 1996 (art. 10, par. 6). Sul punto si veda Mauro, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003, p. 333.

²⁰³ Orrego Vicuña, *The Changing Law of Nationality of Claims*, cit., p. 635, attribuisce "a residuary role" alla protezione diplomatica, che potrebbe essere utilizzata "when there are no international procedures directly available to the affected individual". Si veda anche Dominicé, *La prétention de la personne privée*, cit., pp. 744-745. In senso contrario Flauss, *Protection diplomatique*, cit., p. 13, che sostiene il carattere di complementarità dell'istituto della protezione diplomatica rispetto ai meccanismi di ricorso individuale previsti, in particolare, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

²⁰⁴ Con specifico riferimento ai rapporti fra protezione diplomatica e meccanismi di ricorso individuale contemplati in determinati strumenti convenzionali sui diritti umani, la Commissione ha chiarito che la clausola di cui all'art. 18 prevede che "the *lex specialis* would only apply in its entirety and exclusively when it expressly states as much, otherwise the general rules of international law would also apply": si veda *General Assembly Official Records, Fifty-eighth session, Supplement No. 10 (A/58/10)*, par. 131 ed analogamente il commentario all'art. 18 del progetto di articoli approvato in prima lettura nel 2004, cit.

tengono maggiormente conto dell'esigenza di protezione dell'individuo in quanto tale, senza che abbia rilievo particolare l'accertamento della sua cittadinanza. Tali cambiamenti sono dovuti soprattutto all'incidenza in tema di protezione diplomatica della disciplina a tutela dei diritti umani (che costituisce il parametro normativo principale per comprendere l'evoluzione dell'istituto della protezione diplomatica), dando peraltro luogo ad un progressivo ed assai interessante fenomeno di influenza reciproca tra i due istituti, che, pur mantenendosi tuttora sostanzialmente separati ed autonomi, tendono a coordinarsi nella prassi.

Fra gli effetti generali più rilevanti in materia di incidenza della normativa sulla tutela dei diritti umani rispetto alla protezione diplomatica si può segnalare la tendenza all'assorbimento progressivo della disciplina internazionalistica sul trattamento dello straniero, che costituisce l'ambito di applicazione tradizionale della protezione diplomatica, nel quadro della regolamentazione riguardante la tutela predisposta a favore dell'individuo in genere. La realizzazione di tale obiettivo viene ottenuta da un lato attraverso una progressiva flessibilità nell'applicazione delle regole in materia di protezione diplomatica e dall'altro in base ad una vera e propria evoluzione di determinati profili applicativi di tali regole, come dimostrato in particolare dall'esame riguardante la determinazione dello Stato che ha facoltà di agire a tutela dei propri cittadini.

Una ulteriore conseguenza di carattere generale relativa agli effetti prodotti dalla disciplina in tema di diritti umani sulla protezione diplomatica è inoltre rappresentata dalla rilevanza maggiore degli interessi sostanziali dell'individuo, che emergono con chiarezza sia al momento dell'individuazione dello Stato che può agire in protezione diplomatica, sia con riguardo alla riduzione progressiva della discrezionalità dell'azione da parte dello Stato legittimato ad intervenire. Da questo ultimo punto di vista si sono messi in luce gli sviluppi della prassi interna, di carattere normativo e giurisprudenziale, che sembrerebbero poter essere interpretati nel senso dell'affermazione di una tendenza finalizzata a riconoscere al cittadino il potere di attivare, sul piano nazionale, un controllo giurisdizionale sulla decisione statale di non agire in protezione diplomatica, nella quale occorre

verificare se sia stato tenuto adeguatamente conto degli interessi individuali coinvolti nella fattispecie concreta.

Sotto il profilo più specifico dei rapporti esistenti fra protezione diplomatica e meccanismi individuali di tutela dei diritti umani va anzitutto osservato che la protezione diplomatica costituisce tuttora lo strumento principale di tutela dei diritti fondamentali nelle ipotesi in cui non risultino applicabili i regimi normativi speciali che prevedono meccanismi di ricorso individuale. Non è peraltro assicurato che l'applicazione degli strumenti convenzionali che consentono la presentazione di ricorsi individuali risulti necessariamente più efficace ai fini della protezione dei diritti fondamentali dell'individuo, se si tiene ad esempio in considerazione la necessità di coordinare il rispetto dei trattati sui diritti umani con i limiti posti dal diritto internazionale generale in materia di immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile²⁰⁵.

Occorre inoltre rilevare che, anche nelle fattispecie nelle quali l'individuo ha accesso diretto agli strumenti di ricorso previsti da diversi accordi internazionali, o da altri sistemi speciali, il rapporto fra tali strumenti e la protezione diplomatica non può essere definito sulla base della prassi in termini di pura alternatività, ma piuttosto di integrazione e coordinamento reciproco²⁰⁶. Ad esempio, lo stesso sistema ICSID, che, come si è detto, dispone la sospensione dell'esercizio della protezione diplomatica durante

²⁰⁵ Appare emblematico in materia l'orientamento giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, che considera legittima la limitazione del diritto di accesso ex art. 6 della Convenzione di Roma derivante dal riconoscimento allo Stato straniero dell'immunità giurisdizionale anche nei casi di gross violations dei diritti umani: si veda la sentenza del 21 novembre 2001 nel caso *Al-Adsani v. United Kingdom* (in *Rivista*, 2002, p. 403 ss., par. 54 ss.), con particolare riguardo alle accuse di tortura formulate dal ricorrente nei confronti delle autorità del Kuwait per le quali i tribunali inglesi avevano riconosciuto l'immunità dalla giurisdizione dello Stato straniero. Con riguardo al rapporto tra immunità giurisdizionale dello Stato per gravi violazioni dei diritti umani e protezione diplomatica, si è osservato (DeVittor, *Immunità degli Stati*, cit., p. 604 ss.) che, in alcune ipotesi, i tribunali nazionali avrebbero dichiarato l'immunità statale in quanto si profilava una soluzione diversa della controversia fra gli Stati interessati, soluzione che garantiva una tutela più ampia degli interessi individuali e che consisteva in un accordo internazionale fra lo Stato agente in protezione diplomatica e lo Stato autore dell'illecito.

²⁰⁶ Va del resto precisato che il coordinamento fra i due strumenti di tutela dei diritti individuali può anche implicare, a differenza di quanto generalmente previsto nei sistemi normativi che predispongono meccanismi di ricorso individuale, una preferenza temporanea per il ricorso alla protezione diplomatica rispetto al ricorso individuale. È questa l'ipotesi configurata dalle Rules for Claims Procedure nel quadro della United Nations Compensation Commission, in cui si stabilisce (art. 5, par. 3, della già citata decisione del Governing Council del 26 giugno 1992) che "a corporation or other private legal entity is required to request the State of its incorporation or organisation to submit its claim to the Commission", prevedendosi tuttavia che nell'ipotesi in cui tale Stato "fails to submit, within the time-limit established by the Governing Council... the corporation or other private legal entity may itself make a claim to the Commission within three months thereafter".

l'espletamento della procedura arbitrale, ne consente tuttavia espressamente il ripristino qualora lo Stato parte della controversia "shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute" (art. 27). La possibilità di ricorrere alla protezione diplomatica in caso di mancata esecuzione della sentenza arbitrale appare peraltro un elemento abbastanza consolidato nella prassi convenzionale in materia di tutela dei diritti individuali di carattere economico, come confermato dall'inserimento di disposizioni di contenuto conforme alla norma sopra indicata in alcuni trattati bilaterali sugli investimenti²⁰⁷.

²⁰⁷ Si veda ad esempio l'art. 8, par. 9, dell'Accordo fra Italia e Argentina del 22 maggio 1990 sulla promozione e protezione degli investimenti (G.U. 31 agosto 1993 n. 204 suppl.).

2.10 LA FUNZIONE DELLA PROTEZIONE DIPLOMATICA A GARANZIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Nei paragrafi precedenti si è rilevato che allo stato attuale del diritto internazionale non si può affermare né l'esistenza di un regime di deroga all'immunità giurisdizionale degli Stati in caso di violazione di diritti umani fondamentali, né una tendenza alla formazione di una consuetudine in tal senso. Sono state poi illustrate le ragioni per cui l'attribuzione ai giudici interni della competenza a giudicare sul rispetto dei diritti umani da parte di Stati stranieri risulterebbe inappropriata. Si tratta ora di vedere se da una diversa lettura della prassi internazionale e delle sue tendenze evolutive sia possibile ricavare un altro strumento di tutela.

Già nel valutare le diverse teorie proposte in materia di immunità, abbiamo avuto modo di sottolineare come la dottrina si sia limitata alla lettura delle sole pronunce giudiziarie e delle affermazioni ivi contenute, senza tenere conto dell'evoluzione delle relative controversie, tanto in rapporto ai diversi gradi del giudizio quanto in relazione alla loro eventuale soluzione extragiudiziale. Riteniamo invece che, se da tali pronunce si vuole ricavare la tendenza della prassi internazionale in materia, non possono essere soltanto le sentenze in sé ad avere valore, ma piuttosto lo sviluppo complessivo delle vicende. In altri termini, deve essere valutata la reazione d'insieme degli Stati coinvolti nella controversia, tanto dello Stato del quale i giudici sono organo, quanto di quello convenuto.

Se la prassi sino ad ora citata viene letta nel modo appena indicato, la circostanza che le sentenze siano spesso rimaste non eseguite e che i giudici di ultima istanza abbiano pressoché costantemente annullato le pronunce che tendevano a negare l'immunità assume il giusto rilievo. Analogamente, sarà possibile tenere conto della circostanza che gli Stati chiamati in causa abbiano sempre affermato la propria immunità, rifiutando, in alcuni casi, di partecipare al giudizio²⁰⁸. Entrambi questi dati indicano che, ai vertici delle

²⁰⁸ Si ricordi, ad esempio, il comportamento dell'Unione sovietica nelle controversie *Von Dardel* e *Frolova*, nonché quello del Cile nella vicenda *Letelier*, e ancora l'atteggiamento della Germania nel primo grado del caso greco.

organizzazioni statali, permane la convinzione dell'obbligatorietà della regola che garantisce l'immunità dalla giurisdizione.

D'altro canto, il metodo d'analisi da noi proposto permette di considerare adeguatamente anche il comportamento extragiudiziale di detti Stati. Assumono così un rilievo particolare le controversie che hanno trovato la loro soluzione in accordi internazionali grazie ai quali le vittime sono state risarcite, pur non avendo ottenuto soddisfazione in giudizio.

La scelta di considerare i casi rilevanti nel loro complesso e di prestare attenzione ai loro sviluppi extragiudiziali ci induce a leggerli nell'ottica della protezione diplomatica²⁰⁹. Questa soluzione, oltre a sembrare maggiormente conforme alla prassi, risulta preferibile anche per ragioni di opportunità. Essa, infatti, non si espone alle perplessità che suscitano – per quanto si è già visto – le soluzioni volte ad affermare un regime di deroga all'immunità degli Stati dalla giurisdizione. E ciò perché l'azione in protezione diplomatica non solo permette di lasciare agli Stati un ampio margine di scelta nella soluzione della vicenda, ma può anche condurre ad un accordo che soddisfi equamente tutte le vittime della violazione, nel caso in cui essa presenti un carattere di massa. Peraltro, già nei casi tradizionali nell'ambito dei quali l'istituto della protezione diplomatica ha trovato applicazione, ovvero quelli relativi alla tutela della proprietà in caso di espropriazioni e nazionalizzazioni, i tribunali interni avevano operato un'autolimitazione in favore della competenza dell'esecutivo²¹⁰, favorendo così la conclusione di accordi di indennizzo globale²¹¹.

²⁰⁹ Non è questa la sede per una compiuta analisi di un istituto classico e ampiamente trattato del diritto internazionale; basti rilevare che utilizziamo qui il concetto di protezione diplomatica in senso generico intendendo l'azione dello Stato che, secondo la tecnica dell'*endossement*, fa propria la causa dell'individuo portandola nella sfera del diritto internazionale alla quale quest'ultimo non avrebbe altrimenti accesso (COMBACAU, SUR, *Droit international public*⁵, Paris, 2001, p. 533). In quest'ottica, la difesa dell'individuo da parte dello Stato può essere messa in atto con tutti i mezzi di cui quest'ultimo ha la disponibilità: proteste, proposte di arbitrato, contromisure o ricorrendo ad eventuali giurisdizioni internazionali alle quali l'individuo non abbia accesso.

²¹⁰ Si ricordi, a titolo di esempio, la sentenza resa il 23 marzo 1964 dalla Corte Suprema statunitense nella controversia *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* (376 U.S. 398 (1964)). La Corte, per giustificare l'applicazione dell' «Act of State doctrine», affermò che una pronuncia giudiziaria nel caso di specie avrebbe costituito un'ingerenza del tutto inopportuna nelle attività del potere esecutivo in quanto «Following an expropriation of any significance, the Executive engages in diplomacy aimed to assure that United States citizens who are harmed are compensated fairly. Representing all claimants of this country, it will often be able, either by bilateral or multilateral talks, by submission to the United Nations, or by the employment of economic and political sanctions, to achieve some degree of general redress. Judicial determinations of invalidity of title can, on the other hand, have only an occasional

Come si è avuto modo di rilevare nel corso del paragrafo precedente, l'accordo tra Stati Uniti e Germania, conclusivo della vicenda *Princz*, pare rispondere alle esigenze di una tutela generalizzata dei diritti umani meglio di quanto avrebbe fatto una decisione giurisprudenziale in favore del singolo cittadino²¹². Ciò che, in questa sede, sembra importante mettere in luce è la similitudine tra quell'accordo ed i tradizionali *lump sum agreements*, con la conseguenza che tutta la vicenda pare facilmente interpretabile secondo lo schema classico della protezione diplomatica.

La maggiore idoneità di tale scelta interpretativa a spiegare la prassi rilevante, sembra confermata dalla controversia *Letelier v. Chile*. Anche in questo caso, infatti, nonostante l'azione giudiziaria dei parenti di Orlando Letelier e Ronni Moffit non abbia avuto successo, gli Stati Uniti hanno fatta propria la causa degli individui sul piano internazionale mettendo in atto una serie di negoziati che si sono conclusi con la nomina di una commissione arbitrale incaricata di determinare l'ammontare del risarcimento che il Cile aveva accettato di pagare al Governo statunitense²¹³.

L'istituto della protezione diplomatica, quindi, anche se apparentemente meno accessibile agli individui di quanto sia un ricorso giurisdizionale, appare più conforme alla realtà attuale dei rapporti internazionali.

Una significativa indicazione in questo senso ci pare emergere, del resto, dai lavori della Commissione di diritto internazionale per la codificazione della protezione diplomatica. Infatti, tanto nel primo rapporto presentato da Bennouna nel 1998 quanto in quello del 2000 di Dugard è data una grandissima importanza all'individuo come soggetto di diritto e all'utilizzo dell'istituto in questione come strumento di tutela dei diritti umani fondamentali.

Due elementi, tuttavia, paiono distinguere la protezione diplomatica classica da quella che sembra delinearsi in caso di violazione di diritti umani fondamentali: in primo luogo, sembra ridursi l'esigenza del legame di

impact, since they depend on the fortuitous circumstance of the property in question being brought into this country».

²¹¹ In generale sulle nazionalizzazioni cfr. TESAURO, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976, PADELLETTI, *Nazionalizzazioni nel diritto internazionale*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, p. 110 ss., nonché la dottrina ivi citata; in particolare sugli accordi di indennizzo globale, cfr. LILICH, *Lump Sum Agreements*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Amsterdam, 1997, p. 268 ss.

nazionalità; in secondo luogo, la discrezionalità degli Stati potrebbe non essere più assoluta. Siffatti elementi portano a ritenere ipotizzabile una sorta di protezione diplomatica «aggravata» a tutela dei diritti umani fondamentali.

2.11 L'ISTITUTO DELLA PROTEZIONE DEI CITTADINI ALL'ESTERO ALLA LUCE DELL'EVOLUZIONE IN MATERIA DI TUTELA DEI DIRITTI UMANI

Un altro aspetto per il quale appare evidente l'incidenza sulla protezione diplomatica della normativa e della prassi applicativa in materia di tutela dei diritti umani, con particolare riguardo alla giurisprudenza degli organi di controllo sul rispetto di determinati trattati sulla tutela dei diritti dell'uomo, è rappresentato dall'applicazione della regola sul previo esaurimento dei ricorsi interni. Al riguardo, occorre peraltro premettere che, per quanto riguarda l'applicazione di tale regola, è riscontrabile un fenomeno di evidente coordinamento ed influenza reciproca fra la prassi rilevante in tema rispettivamente di protezione diplomatica e di tutela dei diritti umani. Pur non potendo in questa sede sviluppare adeguatamente il tema in oggetto, si può sinteticamente affermare che l'evoluzione del regime sulla protezione dei diritti umani sembra avere prodotto effetti sia sotto il profilo della natura della regola sul previo esaurimento dei ricorsi interni in materia di protezione diplomatica, sia con riferimento alla sua applicazione concreta, che appare maggiormente orientata a valorizzare le finalità di protezione effettiva dei diritti individuali violati nelle singole fattispecie. In merito al noto dibattito dottrinale sul carattere sostanziale²¹⁴, procedurale o misto della regola sull'esaurimento dei ricorsi interni²¹⁵, va rilevato che il relatore speciale in materia di protezione diplomatica, modificando una precedente posizione favorevole alla cd. teoria mista o intermedia in tema di esaurimento dei ricorsi nazionali²¹⁶, ha espressamente accolto la tesi della natura procedurale della regola, affermando in un progetto di articolo che "the requirement that

²¹⁴ Come è noto, il carattere sostanziale della regola, sia in materia di protezione diplomatica che in tema di diritti umani, è stato autorevolmente sostenuto da Ago, *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1938, p. 178 s.

²¹⁵ Per un sintetico esame dei diversi orientamenti dottrinali espressi in materia si veda il rapporto della Commissione del 2002, cit., par. 152 ss.

²¹⁶ La teoria mista era stata sostenuta dal relatore speciale nel quadro del secondo rapporto presentato alla Commissione in materia di protezione diplomatica (doc. A/CN.4/514, p. 30 ss.) e successivamente abbandonata per le obiezioni sollevate da diversi membri della Commissione stessa.

local remedies must be exhausted as a procedural precondition [...]". Pur non essendo stata accolta dalla Commissione, tale espressa preferenza si fondava quindi sull'opinione che, in materia di protezione diplomatica, la violazione di norme internazionali sul trattamento dello straniero configurerebbe immediatamente un illecito internazionale, che, tuttavia, potrebbe essere fatto valere soltanto dopo l'esaurimento dei ricorsi interni da parte dell'individuo²¹⁷. Il regime normativo concernente la tutela dei diritti umani e la relativa prassi applicativa assumono maggiore importanza con riguardo all'ambito di applicazione della regola sull'esaurimento dei ricorsi interni. In questo contesto, infatti, come dimostrato dai lavori della Commissione del diritto internazionale, l'incidenza attiene rispettivamente al contenuto di alcune eccezioni al previo esaurimento dei ricorsi interni, al problema dell'equa distribuzione dell'onere della prova sull'esistenza di mezzi interni di ricorso ed alla questione della rinuncia da parte dello Stato autore della violazione all'esaurimento dei ricorsi stessi²¹⁸. Con riferimento al problema concernente l'individuazione delle eccezioni al rispetto della regola che prescrive l'esaurimento dei ricorsi interni, è possibile sostenere che gli effetti del regime sui diritti umani ed in particolare della prassi degli organi di controllo sul rispetto dei diritti individuali previsti a livello convenzionale sembrano avere specificamente inciso sulla determinazione del carattere di efficacia e adeguatezza dei ricorsi. La prassi in materia di diritti umani ha infatti da un lato contribuito a chiarire le nozioni di inefficacia e inadeguatezza dei ricorsi predisposti a livello nazionale e dall'altro ha introdotto nuove ipotesi nelle quali il ricorrente individuale viene esonerato

²¹⁷ A sostegno del carattere procedurale della regola sull'esaurimento dei ricorsi interni al di fuori dell'ambito della protezione diplomatica sembrerebbe invocabile anche l'art. 44, lett. b), del già citato progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, secondo cui "the responsibility of a State may not be invoked [...] if the claim is one to which the rule of exhaustion of local remedies applies and any available and effective remedy has not been exhausted". Sul punto si veda di recente Treves, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 497.

²¹⁸ In materia, la rilevanza particolare della prassi in tema di diritti umani ha indotto Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni*, cit., p. 38 ss. e soprattutto p. 233 ss. a sostenere che alla norma consuetudinaria tradizionale sull'esaurimento dei ricorsi interni nell'ambito della protezione diplomatica si sarebbe ormai affiancata una regola consuetudinaria autonoma sull'esaurimento dei ricorsi interni in materia di diritti umani, il cui contenuto risulti "più flessibile e "liberale" ed abbia una spiccata natura "pro-vittima".

dall'esaurimento dei mezzi interni di ricorso²¹⁹. A titolo esclusivamente esemplificativo si può dire, in materia di determinazione dell'adeguatezza e soprattutto dell'efficacia dei ricorsi, che la prassi riguardante la tutela dei diritti umani è debitamente tenuta in considerazione, nei lavori della Commissione del diritto internazionale sulla protezione diplomatica, per quanto riguarda l'accoglimento dell'eccezione in base alla quale non occorre che i ricorsi interni siano esauriti nell'ipotesi di "no reasonable possibility of effectiv redress"²²⁰. Più evidente è l'incidenza della prassi convenzionale sulla protezione dei diritti umani in merito all'ulteriore profilo di inefficacia dei ricorsi interni in caso di "undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible"²²¹. Sempre in materia di determinazione dei casi di inefficacia e inadeguatezza dei ricorsi risulta di un certo interesse l'ipotesi, accolta dalla Commissione, in base alla quale sarebbe irragionevole pretendere l'esaurimento dei ricorsi interni qualora "there is no relevant connection between the injured person and the State alleged to be responsible". Sebbene la sottrazione delle fattispecie rientranti in tale specifica ipotesi all'obbligo di esaurimento dei ricorsi interni sia dubbia in quanto fondata su alcuni isolati casi della prassi (che appaiono di complessa valutazione e relativi in particolare ai danni ambientali di carattere

²¹⁹ Per l'individuazione delle eccezioni all'osservanza della regola sull'esaurimento dei ricorsi interni si veda l'art. 16 del progetto di articoli adottato dalla Commissione del diritto internazionale nel 2004. Un'eccezione particolare all'obbligo di esaurimento dei ricorsi interni, che è stata recentemente interpretata in modo estensivo nella prassi, è rappresentata dalla situazione di inscindibilità, o stretta interdipendenza fra pretese di carattere statale e individuale con riguardo alla medesima fattispecie. In materia, ad esempio, la Corte internazionale di giustizia, nel già citato caso *Avena* (par. 40), ha osservato che l'esistenza di "special circumstances of interdependence of the rights of the State and of individual rights" comporta che "the duty to exhaust local remedies does not apply to such a request" (per un esame delle opinioni individuali espresse al riguardo da diversi giudici si veda Virzo, Corte internazionale di giustizia. Sentenze e pareri consultivi (2004), in *La Comunità int.*, 2005, pp. 539-540). In altre parole, la coesistenza nella stessa fattispecie di diritti statali e diritti individuali, che dovrebbe essere analizzata alla luce del rigido criterio della preponderanza delle pretese di natura statale per escludere l'obbligo di esaurimento (art. 15 del progetto di articoli sulla protezione diplomatica), viene talvolta utilizzata nella prassi quale ulteriore circostanza per superare l'esigenza di esaurimento dei ricorsi nazionali.

²²⁰ Sulla determinazione di tali ulteriori eccezioni si veda Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni*, cit., p. 171 ss.

²²¹ Nel commentario all'art. 16 si legge peraltro che tale eccezione non si conforma integralmente al "test of 'no reasonable prospect of success' accepted by the European Commission of Human Rights in several decisions" in quanto il criterio in esame è stato ritenuto "too generous to the claimant".

transfrontaliero che coinvolgono più Stati, oppure ai casi di abbattimento di aerei introdotti senza autorizzazione nello spazio aereo di uno Stato straniero), la deroga in esame appare evidentemente finalizzata ad una protezione maggiore dei diritti individuali in casi nei quali non vi è alcun collegamento tradizionale con il territorio di uno Stato e risulterebbe inoltre particolarmente gravoso per l'individuo rispettare l'onere dell'esaurimento. Dal punto di vista pratico, va rilevato che l'ipotesi qui analizzata è suscettibile di interessanti sviluppi applicativi nella prassi con riferimento, ad esempio, alle violazioni dei diritti umani commesse da un determinato Stato nel territorio di altri Stati²²².

In merito al secondo aspetto in precedenza richiamato, riguardante gli effetti della disciplina sui diritti umani sulla determinazione del soggetto cui spetta provare l'esistenza di mezzi adeguati di ricorso all'interno dell'ordinamento dello Stato che ha commesso la violazione, va detto che i dati desumibili dall'esame della prassi in tema di applicazione di numerosi trattati universali e regionali sulla protezione dei diritti umani avevano costituito uno dei parametri principali per la formulazione da parte del relatore speciale della disposizione pertinente contenuta nel progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale²²³. Sebbene la Commissione abbia ritenuto superflua l'apposizione di una regola specifica in materia, si può nondimeno ragionevolmente sostenere che i risultati cui è pervenuta la Commissione e la rilevanza specifica della prassi relativa all'applicazione dei trattati sui diritti umani saranno adeguatamente considerati in sede di risoluzione pratica dei problemi concernenti l'onere della prova in tema di esaurimento dei ricorsi

²²² Come è noto, è questo il problema affrontato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sia nei casi relativi alle violazioni dei diritti umani commesse nella parte settentrionale di Cipro di cui è stata ritenuta responsabile la Turchia, sia più recentemente nella decisione del 12 dicembre 2001 relativa al caso Banković, nella quale si è peraltro ritenuta inapplicabile la Convenzione europea dei diritti dell'uomo alle pretese violazioni dei diritti umani commesse in occasione del bombardamento della radio-televisione serba effettuato dalla NATO nel quadro della campagna aerea condotta nei confronti della Serbia per le atrocità perpetrate in Kosovo (in Reports of Judgments and Decisions, 2001-XII, p. 333 ss.).

²²³ Secondo il testo dell'ex art. 15, proposto dal relatore speciale nel suo terzo rapporto (doc. A/CN.4/523 e Add. 1), in assenza di circostanze speciali compete allo Stato convenuto "to prove that the international claim is one to which the exhaustion of local remedies rule applies and that the available local remedies have not been exhausted", mentre spetta allo Stato che agisce in protezione diplomatica l'onere di provare "any of the exceptions to the application of the general rule or to prove that the claim concerns direct injury to the State itself" (par. 240 ss.).

interni²²⁴. Infine, occorre fare brevemente riferimento alle questioni relative alla facoltà da parte dello Stato autore della violazione di rinunciare al diritto di pretendere da parte dell'individuo il previo esaurimento dei ricorsi interni. Se è pacificamente ammessa nel diritto internazionale generale la possibilità di rinunciare a tale diritto in quanto "the rule which requires the prior exhaustion of domestic remedies is designed for the benefit of the State"²²⁵, va messo in luce che l'esame condotto dalla Commissione del diritto internazionale sulla prassi convenzionale e giurisprudenziale, nell'ambito della quale svolge una funzione di particolare rilievo la prassi in materia di protezione dei diritti umani, ha confermato come nel diritto internazionale siano ormai diffuse forme, sia espresse che implicite, di rinuncia al diritto di richiedere l'esaurimento dei mezzi interni di ricorso. Orientata ad una protezione più ampia ed effettiva dei diritti individuali appare, in particolare, la giurisprudenza internazionale sui diritti umani che tende ad estendere le ipotesi di rinuncia tacita all'esaurimento dei ricorsi interni, deducendo ad esempio il contegno di rinuncia da parte dello Stato convenuto dalla semplice circostanza che esso non abbia tempestivamente sollevato, in sede di obiezioni preliminari, l'eccezione in questione²²⁶.

²²⁴Per una chiara definizione delle regole in materia di onere della prova relative ai ricorsi individuali presentati alla Corte europea dei diritti dell'uomo si veda la sentenza del 28 luglio 1999 nel caso *Selmouni v. France*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 1999-V, pp. 175-176 (par. 76).

²²⁵Si veda la decisione del 13 novembre 1981 della Corte interamericana dei diritti dell'uomo nel caso *Viviana Gallardo et al.*, in *Int. Legal Materials*, 1981, p. 1057 (par. 26).

²²⁶ In questo specifico senso la sentenza del 10 dicembre 1982 resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Foti and others v. Italy*, in *Publications of the European Court of Human Rights*, Series A, n. 56, par. 46. Accogliendo tale evoluzione della prassi in materia di tutela dei diritti dell'uomo, la Commissione del diritto internazionale, pur rilevando che "waiver of local remedies must not be read implicitly", ha tuttavia aggiunto, sotto un profilo generale, che "where, however, the intention of the parties to waive the local remedies is clear, effect must be given to this intention". Si veda il commentario all'art. 16 del progetto di articoli approvato nel 2004.

2.12 MUTAMENTO COMPLESSIVO DEGLI OBIETTIVI DELLA PROTEZIONE DIPLOMATICA: DALLA POSSIBILITÀ DI PROTEGGERE ESCLUSIVAMENTE I PROPRI CITTADINI ALL’ ESIGENZA DI TUTELARE I DIRITTI FONDAMENTALI DELL’INDIVIDUO

L'evoluzione del regime sulla tutela dei diritti umani ha inciso non soltanto sull'applicazione del principio d'intervento dello Stato nazionale sotto il profilo "attivo", relativo cioè alla titolarità del potere di azione a favore dei propri cittadini, ma sembrerebbe poter comportare effetti di rilievo anche riguardo al profilo "passivo" del principio, concernente l'ipotesi di azioni in protezione diplomatica condotte nei confronti dello Stato nazionale dell'individuo oggetto di tutela. L'eventuale accoglimento nella prassi di interventi nei confronti di uno Stato nazionale risulterebbe di grande importanza in quanto sarebbe espressione da un lato della prevalenza, in tema di protezione diplomatica, degli interessi individuali rispetto agli interessi statali e, d'altro lato, di una maggiore convergenza fra l'istituto della tutela dei diritti dell'uomo e quello della protezione diplomatica.

Particolarmente rilevante risulta pertanto la posizione assunta in materia dalla Commissione del diritto internazionale che ha espressamente ammesso, pur in presenza di una prassi non del tutto uniforme al riguardo²²⁷, l'esercizio dell'azione diplomatica da parte di uno Stato nazionale nei confronti di uno Stato di cui l'individuo è altresì cittadino, limitandola tuttavia all'ipotesi in cui "the nationality of the former State is predominant, both at the time of the injury and at the date of the official presentation of the claim"²²⁸.

²²⁷ Ad esempio, in senso contrario rispetto alla possibilità per uno degli Stati nazionali di agire contro un altro Stato di cittadinanza si veda, nella prassi svizzera, il parere della Direzione del diritto internazionale pubblico del 23 novembre 1999, in *Schweizerische Zeitschrift für int. und europäisches Recht*, 2000, p. 657.

²²⁸ Si veda l'art. 7 del progetto di articoli approvato nel 2004. Nei casi di doppia nazionalità, la prevalenza del principio della cittadinanza effettiva rispetto al principio dell'uguaglianza sovrana degli Stati (che implicherebbe il divieto di agire in protezione diplomatica nei confronti di uno Stato nazionale), già dichiarata nella decisione del 10 giugno 1955 resa dalla Commissione di conciliazione italo-statunitense nel noto caso *Mergé* (in *Int. Law Reports*, vol. 22, p. 443 ss.), è stata ripetutamente affermata dal Tribunale Iran-Stati Uniti: si veda ad esempio la sentenza del 25 settembre 1997 nel caso *Moussa Aryeh v. The Islamic Republic of Iran*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1999, p. 557 ss., con nota di Mauro, La doppia cittadinanza dell'attore nella giurisprudenza del Tribunale Iran-Stati Uniti, *ivi*, p. 568 ss.

L'adozione della regola in questione, che secondo la stessa Commissione "is consistent with developments in international human rights law, which accords legal protection to individuals, even against a State of which they are nationals"²²⁹, appare di grande rilievo in primo luogo perché fornisce un ulteriore elemento a favore della tesi dell'indebolimento del principio dello Stato nazionale anche sotto l'aspetto negativo, non costituendo infatti un argine all'azione esercitata dallo Stato di cittadinanza prevalente nei confronti di un altro Stato nazionale. In secondo luogo, essa conferma la flessibilità e l'evoluzione particolare riscontrabili nell'applicazione delle regole in materia di protezione diplomatica, che, come si è visto, tendono in linea generale ad abbandonare il criterio del genuine link quale presupposto per legittimare l'azione statale, accogliendone integralmente il contenuto quando si tratta di verificare l'ammissibilità della protezione contro uno Stato nazionale²³⁰.

Anche in questo caso appare legittimo ritenere che l'accertata flessibilità nell'applicazione delle regole sulla protezione diplomatica derivi principalmente dall'esigenza di tutelare nella misura più ampia possibile i diritti individuali lesi nella fattispecie concreta. Inoltre, come si è accennato in precedenza, l'ipotesi prospettata dalla Commissione sembra confermare gli elementi di contatto fra l'istituto della protezione diplomatica e quello della tutela dei diritti umani che, pur essendo distinti e assegnando soprattutto un ruolo assai diverso sia agli Stati²³¹, sia agli individui nel contesto delle

²²⁹ Si veda il commentario all'ex art. 6 (ora art. 7), in ILC Report, Fifty-fourth session, cit.

²³⁰ Il problema dell'accertamento della cittadinanza prevalente, nelle ipotesi di doppia nazionalità, dovrà essere affrontato dalla Corte internazionale di giustizia nella controversia fra Guinea e Repubblica democratica del Congo relativa al caso Diallo, qualora ovviamente la Corte si ritenesse competente ad esaminare nel merito la controversia. Il caso in esame, che potrà peraltro costituire un'occasione per rivedere o attenuare, anche sulla base della prassi richiamata nel presente lavoro, le conclusioni cui era pervenuta la Corte nel caso *Nottebohm* in precedenza citato, riguarda l'esercizio della protezione diplomatica per le violazioni della libertà personale e del diritto al rispetto dei propri beni commesse nei confronti di un individuo avente la cittadinanza sia dello Stato ricorrente, sia di quello convenuto.

²³¹ Sulla diversa posizione assunta dagli Stati rispettivamente nell'ambito della protezione diplomatica e nel quadro della tutela dei diritti umani si veda Gaja, *Is a State Specially Affected when Its Nationals' Human Rights Are Infringed?*, in *Man's Inhumanity to Man, Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (a cura di Vohrah, Pocar, Featherstone, Fourmy, Graham, Hocking, Robson), The Hague, London, New York, 2003, p. 373 ss. e, di recente, l'opinione individuale del giudice Simma relativa alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 19 dicembre 2005 nel caso *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, www.icj-cij.org/icjwww/idocket/ico/icoframe.htm. La natura e le finalità diverse dei due istituti sono state peraltro adeguatamente segnalate da alcuni membri della Commissione del diritto

rispettive discipline normative, mostrano alcuni segni di coordinamento nella prassi²³².

Al termine dell'analisi relativa all'individuazione dello Stato nazionale legittimato ad agire si possono già mettere in luce alcuni sviluppi rilevanti dell'istituto della protezione diplomatica, che sembrano derivare principalmente dall'evoluzione parallela della disciplina sulla tutela dei diritti umani.

Si è visto in particolare che i mutamenti riscontrabili in tema di protezione diplomatica evidenziano complessivamente l'esigenza di predisporre strumenti più adeguati alla tutela degli interessi di carattere individuale, superando pertanto l'impostazione tradizionale dell'istituto che si fondava sulla valutazione esclusiva degli interessi da parte dello Stato nazionale. Vengono pertanto a mutare gli obiettivi di fondo della protezione diplomatica, che non consistono più soltanto nella tutela degli interessi statali, ma tendono invece ad apprestare una protezione maggiore ed effettiva degli individui in quanto tali, senza che sia sempre decisivo l'accertamento della loro nazionalità.

Più specificamente, con riferimento al problema della determinazione dello Stato che può agire in protezione diplomatica, si è messo in luce che gli sviluppi in tema di ampliamento del numero di Stati legittimati ad agire è motivato prevalentemente da considerazioni di protezione dei soggetti i cui diritti individuali vengono violati, in particolare dal bisogno di superare situazioni di disinteresse o impossibilità di un singolo Stato a intervenire;

internazionale a partire dalla presentazione del primo rapporto sulla protezione diplomatica nel 2000: si vedano ad esempio le osservazioni di Gaja e Pellet, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 2000, vol. I, rispettivamente pp. 43-44 e 49-51.

²³² Può essere tuttavia difficile accertare se lo Stato nazionale agisca in protezione diplomatica del proprio cittadino oppure a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. In questo ambito, un elemento interessante della prassi è rappresentato dalla decisione della Commissione bilaterale istituita da Cile e Stati Uniti per la risoluzione della controversia sorta fra i due Paesi in seguito all'uccisione negli Stati Uniti di Orlando Letelier (ex Ministro degli esteri del Governo Allende) e Ronni Moffitt (direttore dell'Istituto per le relazioni internazionali nel quale Letelier svolgeva negli Stati Uniti attività di ricerca). È peraltro interessante notare che, ai fini della determinazione della riparazione accordata ex gratia dal Governo cileno a favore delle famiglie delle vittime, la decisione dell'11 gennaio 1992 stabilisce "the need to apply the same rules [...] with no differentiation whatever by reason of their nationality" (*Int. Legal Materials*, 1992, p. 1 ss.).

oppure dalla necessità di fronteggiare situazioni speciali di emergenza, che non trovano un'adeguata regolamentazione a livello normativo (ad esempio per la tutela dei rifugiati e degli apolidi); oppure dall'esigenza di reagire a violazioni dei diritti individuali imputabili allo stesso Stato nazionale.

Si tratta inoltre di una tendenza della prassi che denota, sempre con riferimento all'individuazione del Paese legittimato ad intervenire, l'introduzione di criteri più flessibili di applicazione delle regole in tema di protezione diplomatica. Ciò implica la difficoltà di individuare preventivamente lo Stato che ha facoltà di intervenire a tutela dell'individuo leso, dovendosi infatti rilevare che la determinazione dello Stato che può agire va realizzata soltanto in base alle caratteristiche peculiari del caso di specie ed alla luce delle nuove finalità di tutela più ampia degli interessi individuali. Si è visto di conseguenza che è configurabile l'ipotesi di una pluralità di Stati potenzialmente legittimati ad agire (ad esempio per la protezione diplomatica esercitata dai Paesi dell'Unione europea in sostituzione dello Stato membro non rappresentato all'estero); oppure il caso della protezione esercitata da parte di un unico Stato a favore di individui di diversa cittadinanza (con riferimento agli sviluppi riscontrati nel diritto del mare); oppure ancora la possibilità di una rapida sostituzione dello Stato legittimato ad intervenire in considerazione della particolare variabilità dei presupposti dell'azione in protezione diplomatica.

CAPITOLO 3

LA PRASSI APPLICATIVA IN TEMA DI PROTEZIONE DEI PROPRI CITTADINI ALL'ESTERO

3.1 LA PRASSI STATUALE IN MATERIA DI PROTEZIONE DEI PROPRI CITTADINI ALL' ESTERO: I PRIMI CASI

Nel nuovo ordine sorto con l'adozione della Carta Onu, la prassi statale relativa al dispiegamento di operazioni non autorizzate di soccorso dei propri cittadini sul territorio di altri Stati, mediante il ricorso alla coercizione, ha continuato ad essere quantitativamente e qualitativamente rilevante²³³.

A poco meno di un anno dall'adozione della Carta, vi furono i primi episodi di minaccia della forza da parte degli Stati membri per proteggere la vita e i beni dei propri cittadini all'estero. Ciò accadde, ad esempio, nel 1946 e nel 1951, quando il Regno Unito dispiegò alcuni contingenti al confine iraniano con l'Iraq²³⁴, minacciando di intervenire in difesa dei cittadini britannici che lavoravano nella compagnia petrolifera anglo-iraniana qualora lo Stato ospitante non fosse stato in grado di garantirne la sicurezza o non avesse voluto garantirla, a causa delle frizioni createsi con Londra.

Uno dei primi casi in cui, invece, la forza fu effettivamente utilizzata per proteggere propri cittadini all'estero si presentò a poco più di un decennio dall'adozione della Carta Onu.

Nel 1956, in occasione dell'intervento anglo-francese nel Canale di Suez, il Governo britannico utilizzò tale argomento²³⁵, insieme a quello del proprio impegno in difesa della libertà dei mari, per giustificare il ricorso alla

²³³ Per un'esauriente disamina della prassi in commento si rinvia a Franck, *Resourse to Force. State Action against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, 2004.

²³⁴ *Keesing's Contemporary Archives*, vol. 6 (1946-1948), p. 8084-8085.

²³⁵ Cfr., Marston, *Armed Intervention in the 1956 Suez Crisis: the Legal Advice Tendered to the British Government*, in ICLQ, vol. 37, (4) 1988, p. 773-817, 800-801.

coercizione contro l'Egitto. L'intervento anglo-francese destò generale disapprovazione da parte della Comunità internazionale e divenne l'esempio paradigmatico di come la protezione dei propri cittadini all'estero potesse sfociare in violazioni gravi del diritto internazionale vigente.

Nel caso dell'intervento belga in Congo nel 1960, il dispiegamento delle truppe era stato giustificato dallo Stato interveniente con l'esigenza di proteggere gli ex coloni belgi e gli altri cittadini europei residenti nello Stato africano dalle violenze perpetrate da alcuni reparti devianti dell'esercito congolese.

Di fronte al Consiglio di sicurezza il Belgio aveva precisato che la coercizione sarebbe stata esercitata nel rispetto delle tre condizioni procedurali dello *jus bellum* e che le truppe sarebbero state ritirate non appena le Nazioni Unite fossero state in grado di assicurare il rispetto dei diritti degli stranieri in Congo.

Il caso belga è interessante perché fa emergere due posizioni antitetiche e inconciliabili circa la legittimità dell'intervento armato per proteggere i propri cittadini all'estero: per un verso quella degli Stati Europei e di alcuni Stati Sudamericani che, pur con qualche tentennamento, espressero solidarietà allo Stato interveniente per ragioni umanitarie; per altro verso quelle dei Paesi appartenenti al blocco comunista, che lo additarono come un intollerabile atto di aggressione.

Quattro anni più tardi, il territorio congolese fu nuovamente teatro di un'operazione di evacuazione congiunta di Belgio e Usa, attuata per liberare i propri cittadini presi in ostaggio da gruppi di ribelli.

Questa volta, il cuore della strategia difensiva degli Stati intervenienti in seno al Consiglio di sicurezza non fu l'argomento della protezione dei propri cittadini all'estero, bensì il formale consenso del Congo alla missione²³⁶.

Tale dato condizionò la posizione degli altri Stati, che non si divisero sulla legittimità dell'intervento per se, quanto sulla validità del consenso espresso dallo Stato territoriale.

Anche la modalità di conduzione delle operazioni di salvataggio passarono in secondo piano, sebbene fosse aspramente criticata, in quanto contraria allo

²³⁶ Gerard, *op. cit.*, p. 243-245.

spirito umanitario che avrebbe dovuto presiedere alla missione, la decisione degli Stati intervenienti di evacuare soltanto gli ostaggi bianchi.

Successivamente gli Stati Uniti inaugurarono una prassi di ingerenza nel continente americano, che si sarebbe caratterizzata per la presenza di due fasi chiaramente riconoscibili in ciascuna operazione coercitiva a protezione dei propri cittadini all'estero: in un primo momento, una missione di evacuazione dalle presunte finalità umanitarie; in un secondo momento, un'espansione del controllo statunitense in territorio straniero dalle chiare velleità politiche. Tale dinamica si materializzò per la prima volta nel 1965, con l'intervento nella Repubblica Dominicana, per poi riproporsi durante le operazioni a Grenada nel 1983 e a Panama nel 1989.

In tutti i casi in commento, lo Stato territoriale versava in stato di anarchia o si trovava in una situazione post-rivoluzionaria in cui potevano verificarsi violazioni gravi dei diritti degli stranieri.

Conseguentemente, gli Usa ebbero gioco facile nell'utilizzare la protezione dei propri cittadini come movente dell'intervento, salvo poi dover addurre sempre nuove motivazioni per giustificare il protrarsi dell'ingerenza.

Nel primo caso, dopo aver evacuato i cittadini statunitensi e olandesi residenti nella Repubblica Dominicana, gli Usa sostennero che la decisione di prolungare la durata della missione servisse a facilitare le operazioni dell'Organizzazione degli Stati americani al fine di ristabilire la pace²³⁷.

La reazione degli altri Stati membri dell'Onu, eccezion fatta del Regno Unito e dei Paesi Bassi, grati agli Usa per aver tratto in salvo anche propri cittadini, fu severa.

Nel blocco comunista si rafforzò la tesi che la dottrina della protezione dei propri cittadini all'estero altro non fosse che un espediente utilizzato dagli Stati «forti» per violare impunemente la Carta Onu. Pur non contestando, in linea di principio, l'intervento dei propri cittadini all'estero, la maggioranza degli altri Stati insistè sui limiti procedurali di tale intervento, sottolineando, in particolare, che la coercizione era stata utilizzata non tanto per proteggere vite umane, quanto per mettere in salvo i beni stranieri siti nello Stato territoriale.

²³⁷ Wingfield, Meyen, *op. cit.*, p. 62.

Tuttavia, alla condanna dell'ingerenza americana non fece seguito alcuna riflessione teorica sulla legittimità della prassi in commento²³⁸.

Nel caso dell'intervento a Grenada, l'enfasi posta dagli Usa sulla natura consensuale dell'operazione, durante i dibattiti in Consiglio di Sicurezza²³⁹, non servì a scongiurare la condanna unanime della Comunità internazionale. Al contrario nel caso dell'intervento a Panama, che fu presentato come un'operazione di salvataggio dei cittadini americani e di ripristino della libertà di navigazione nel Canale di Panama, attuata in esercizio del diritto di legittima difesa, la risposta della Comunità internazionale fu meno vistosa.. Nel primo caso, il radicale dissenso della Comunità internazionale fu giustificato dall'assenza di prove tangibili dell'esistenza di rischi per i cittadini americani residenti a Granada²⁴⁰. Al contrario, nel secondo caso, era documentata l'uccisione di almeno un cittadino americano e il ferimento di numerosi suoi connazionali, il che rendeva decisamente più plausibile il movente umanitario. Tuttavia, anche nel caso di Panama, la durata della missione statunitense si prolungò oltre il necessario, assumendo dimensioni non commisurate al fine perseguito²⁴¹.

Seppur distinti quanto alle reali finalità perseguite e ai mezzi utilizzati tutti questi casi sono accomunati dal movente utilizzato dallo Stato interveniente per giustificare il ricorso alla coercizione. Infatti gli Usa hanno collocato tanto l'intervento armato a protezione dei propri cittadini all'estero, quanto la ritorsione per i danni da essi subiti, nell'alveo operativo del principio di legittima difesa, in virtù di una interpretazione lata della nozione di «attacco armato» contenuto nell'art. 51 della Carta Onu. D'altra parte, con poche eccezioni, le vittime designate dalle aggressioni non erano semplici cittadini americani, ma membri dell'esercito rappresentanti diplomatici di Washington.

Le reazioni della Comunità internazionale alle operazioni in commento sono state più ambigue e meno eclatanti che in precedenza.

Il richiamo alla legittima difesa, quale fondamento giuridico del ricorso alla forza in caso di attacchi contro i propri cittadini all'estero, ha caratterizzato

²³⁸ UN Doc S/PV 1200, parr. 79-83.

²³⁹ UN Doc S/PV 2491, parr. 69-75.

²⁴⁰ In dottrina v., Doswald-Beck, *The Legality of the United States Intervention in Grenada*, in NILR, vol. 31, 1984, p. 355-377.

²⁴¹ UN Doc S/PV 2900, parr. 14-15.

anche la prassi di altri Stati. Il raid delle forze aeree israeliane sull'aeroporto di Entebbe in Uganda, nel 1976, ne è l'esempio paradigmatico.

Il 27 giugno 1976 un gruppo di terroristi aderente al Fronte popolare per la liberazione della Palestina dirottava un airbus francese con passeggeri a bordo in volo fra Tel Aviv e Parigi. Dopo aver fatto scalo a Bengasi, l'aereo atterrava – il 28 giugno – nell'aeroporto ugandese di Entebbe: il 29 giugno i dirottatori chiedevano, in cambio del rilascio degli ostaggi, la liberazione di alcuni terroristi tenuti in Israele, in Francia, in Svizzera, in Kenia e nella Repubblica federale di Germania.

Nella notte tra il 3 e il 4 luglio, truppe israeliane irrompevano nell'aeroporto di Entebbe senza alcuna autorizzazione del governo locale, attaccavano i terroristi e le truppe ugandesi che tentavano di contrastare il raid, uccidendo i dirottatori e vari soldati ugandesi, e riuscivano a liberare gli ostaggi.

Nell'incursione rimanevano uccisi tre ostaggi ed un ufficiale israeliano; prima di rientrare alla base, gli israeliani danneggiavano piste ed installazione aeroportuali e distruggevano alcuni aerei ugandesi al suolo²⁴². L'operazione suscita reazioni positive negli Stati Uniti e nell'Europa Occidentale²⁴³. Il Parlamento europeo, adottava una risoluzione con la quale si compiaceva della coraggiosa liberazione degli ostaggi di Entebbe.

Su richiesta del primo ministro di Mauritius, la vicenda veniva portata innanzi al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Venivano presentate due proposte di risoluzione: una, presentata da Stati Uniti e Gran Bretagna, condannava i dirottamenti aerei, chiedendo agli Stati di adottare ogni necessaria misura preventiva e repressiva, deplorava la perdita di vite umane e riaffermava la necessità di rispettare la sovranità e l'integrità territoriale di tutti gli Stati²⁴⁴; l'altra, presentata da Benin, Libia e Tanzania, condannava la flagrante violazione della sovranità ed integrità territoriale ugandese ed esigeva la completa riparazione, da parte di Israele, dei danni prodotti all'Uganda.

Nel corso di un ampio dibattito, si manifestavano, due linee di tendenze. In base alla prima – sostenuta da Unione Sovietica, dalla Cina, dai Paesi

²⁴² Per la ricostruzione di tali avvenimenti, cfr. soprattutto gli interventi dei delegati di Uganda, Israele e Francia dinanzi al Consiglio di sicurezza nella seduta del 9 luglio 1976: N.U. Doc. S/PV. 1939 pp. 11 ss., 32 ss. E 81 ss.

²⁴³ Cfr. Relazioni Int., 1976, p. 82.

²⁴⁴ N.U. Doc S/12138.

dell'Europa orientale – l'incursione israeliana rappresentava un atto aggressione a stregua dell' art.2, par.4, della Carta di San Francisco. Per la seconda, sostenuta dagli Stati Occidentali, il raid israeliano andava ricondotto al potere- dovere degli Stati di proteggere i propri cittadini all'estero e, nel sistema delle Nazioni Unite, trovava un fondamento di liceità nell'art. 51 della Carta.

Peraltro, nessuna di queste due linee di tendenza riusciva a prevalere. Alcuni Stati avevano sottolineato la necessità di una ferma condanna dell'incursione, preoccupati che quest'ultima potesse assumere il valore di un precedente, atto ad incoraggiare il ripetersi di simili operazioni²⁴⁵.

Tale preoccupazione si è rivelata, per vero, fondata.

Il 13 ottobre 1977 quattro terroristi dirottavano un aereo di linea tedesco-occidentale con ottantasette persone a bordo: dopo aver fatto scalo in vari Stati, l'aereo prendeva terra a Mogadiscio.

Qui, nella notte fra il 17 e il 18 ottobre, atterrava un reparto di *commandos* della Repubblica federale di Germania che attaccava i terroristi e liberava gli ostaggi superstiti.

Questa incursione suscitava problemi assai minori rispetto a quella di Entebbe poiché, nel caso ora in esame, il governo dello Stato territoriale aveva preventivamente prestato il proprio consenso all'operazione.

Una nuova incursione si è verificata a pochi mesi di distanza da quella di Mogadiscio; il che sembrava denotare il diffondersi del fenomeno. Va sottolineato altresì che il nuovo raid non è stato effettuato da uno Stato occidentale ma da uno Stato arabo, l'Egitto.

Il 18 febbraio 1978, due terroristi irrompevano nell'Hotel Hilton a Nicosia, dove si svolgeva la Conferenza dell'Organizzazione di solidarietà per i popoli afroasiatici, ed uccidevano il direttore del quotidiano *Al Ahram* ed ex-ministro della cultura egiziano Sebai.

Trattenevano, quindi, una cinquantina di congressisti in ostaggio nella hall dell'albergo.

Successivamente ne rilasciavano una quarantina ed ottenevano dalle autorità cipriote un aereo col quale partire verso destinazione imprecisata, recando seco gli ultimi undici ostaggi.

²⁴⁵ Vedi specialmente gli interventi dei delegati di Tanzania (S/PV. 1941, p. 52) e India (S/PV. 1942, P. 63).

Vari Stati rifiutavano all'aereo l'autorizzazione ad atterrare; il 19 febbraio i terroristi palestinesi ottenevano dal presidente cipriota Kyprianou l'autorizzazione a rientrare nell'aeroporto di Larnaca, a Nicosia.

Mentre si svolgevano trattative tendenti ad ottenere il rilascio degli ostaggi in cambio di un salvacondotto per l'Europa orientale, nel pomeriggio del 19 febbraio atterrava a Larnaca un aereo egiziano con un reparto militare a bordo. Gli egiziani tentavano di attaccare l'aereo dei terroristi ma venivano contrastati, con le armi, dalla guardia nazionale cipriota; nella confusione generale gli ostaggi riuscivano a fuggire ed i due terroristi si arrendevano.

Nello scontro a fuoco fra egiziani e ciprioti, alcuni egiziani vennero uccisi altri feriti. I superstiti del reparto venivano arrestati e successivamente rilasciati, in esito ad una missione a Cipro del ministro degli esteri egiziano Ghali. Il raid suscitava vivaci polemiche fra Egitto e Cipro: in particolare, il primo Stato affermava – mentre il secondo negava – che le autorità cipriote erano state preventivamente informate dell'operazione.

Degna di nota è la circostanza per cui, mentre, nei giorni successivi al raid, le autorità cipriote cercavano di ridimensionare la portata dell'episodio, il Governo egiziano irrigidiva le proprie posizioni ed assumeva l'iniziativa di rompere le relazioni diplomatiche con Cipro²⁴⁶.

E' poi il caso di ricordare che altri raids sono stati recentemente minacciati da Stati, per tutelare la vita ed ottenere la liberazione dei propri cittadini catturati e trattenuti in ostaggio.

Anche tali minacce sono indicative di una tendenza alla diffusione del fenomeno, rilevabile nella comunità internazionale.

Ci si riferisce alle iniziative adottate dalla Francia in seguito al rapimento, da parte di aderenti al Fronte Polisario, di due tecnici francesi in Mauritania.

Ancorchè la vicenda abbia trovato soluzione pacifica, nell'ottobre 1977 sembrò imminente un'operazione analoga a quella effettuata, pochi giorni prima, dai tedeschi a Mogadiscio: mentre fonti ufficiose diffondevano minacciose notizie circa le intenzioni delle autorità francesi. Successivamente si riuniva il « consiglio di guerra » e si registravano vari movimenti di truppe,

²⁴⁶ La dinamica dei fatti è alquanto controversa. Per una ricostruzione degli stessi, vedi *Le Monde* del 21 Febbraio 1978.

l'invio di « osservatori » francesi in Mauritania ed il rafforzamento della guarnigione di Capo Verde²⁴⁷.

Di fronte a tali dati, che si riscontra un ritorno – con mezzi tecnici più moderni e sofisticati – alla « diplomazia delle cannoniere » tipica di epoche passate.

C'è da chiedersi se tali operazioni, ove manchi il preventivo consenso dello Stato territoriale, costituiscano atti di aggressione ai sensi della Definizione adottata dall'Assemblea generale il 14 dicembre 1974.

Di primo acchito, la risposta sembrerebbe affermativa poiché dette operazioni comportano al violazione della sovranità dello Stato territoriale mediante « l'emploi de la force armée » (art. 1 Definizione).

Ma tale conclusione si rivela inesatta ove si abbia riguardo ai motivi ispiratori dei raids: tali motivi palesemente escludono qualsiasi intenzione aggressiva nei confronti dello Stato territoriale.

E' noto che, nella Definizione adottata dall'Assemblea generale, è stato volutamente eliminato ogni espresso riferimento all'intenzione aggressiva, sulla cui rilevanza i Paesi occidentali insistevano in maniera particolare.

Nei casi in questione, ove lo Stato che effettua il raid si attenga al principio di proporzionalità fra mezzi e fini, limitando allo stretto necessario sia l'entità delle truppe impiegate sia la durata delle operazioni in territorio straniero, venga meno la preoccupazione concernente gli abusi che possono scaturire dall'attribuire rilevanza all'intenzione aggressiva degli Stati.

Ove poi si tenga conto della mancanza di intenzione aggressiva nei casi esaminati, si rileva altresì che questi non realizzano neppure, o quanto meno non pienamente, la previsione normativa di cui all'art. 1 della Definizione di aggressione: per vero, nelle operazioni esaminate, la forza armata non è stata usata contro la sovranità di uno Stato, ancorchè sia stata usata entro il territorio di tale Stato. Difatti, le operazioni sono state condotte contro privati individui trovantisi sul territorio dello Stato per circostanze meramente occasionali, laddove la violazione della sovranità di quest'ultimo è stata una conseguenza estrinseca dell'operazione.

²⁴⁷ Relazioni int., *La crisi sahariana coinvolge Parigi*, 1977, p. 1065

Alla luce delle osservazioni che precedono, sembra dunque di dover escludere che i raids esaminati costituiscano atti di aggressione verso lo Stato territoriale.

Da quanto detto emerge come, in tempi recenti, la Comunità internazionale abbia mostrato minore accondiscendenza rispetto a operazioni coercitive di protezione dei propri cittadini all'estero dalle palesi finalità umanitarie. Questa tesi si è rafforzata dalla dura reazione degli Stati e degli organi politici delle Nazioni Unite, alle manovre militari della Russia contro la Georgia, svoltesi nell'agosto 2008²⁴⁸.

Per giustificare l'intervento, Mosca aveva fatto ricorso all'argomento della protezione dei propri cittadini che vivevano in Ossezia del sud, una regione della Georgia. Con l'intervento del 2008 la Russia sosteneva di sentirsi obbligata a intervenire in difesa della vita e dell'onore dei cittadini russi in qualsiasi luogo si trovino, salvare i cittadini dall'obiettivo genocidario della Georgia.

Di fronte al Consiglio di sicurezza, la Russia ha asserito di essere intervenuta a legittima difesa ex art. 51 della Carta Onu, in risposta all'aggressione della Georgia ai danni dell'Ossezia del sud e di aver rispettato le condizioni dello *jus ad bellum*²⁴⁹. Inoltre, essa ha dichiarato di aver agito in conformità a un obbligo costituzionale di proteggere i cittadini russi in territorio osseto e, dal punto di vista del diritto internazionale, si è richiamata alla « responsabilità a proteggere » i cittadini di cui la Georgia non intendeva farsi carico. A prescindere da questo confuso tentativo giustificatorio, tuttavia l'intervento russo ha assunto i connotati di una rappresaglia armata, di durata prolungata. Tutti i consueti parametri di valutazione della legittimità dell'intervento armato a protezione dei propri cittadini all'estero sono stati violati.

In primo luogo, il vincolo di cittadinanza degli individui minacciati, che rappresenta il fattore chiave dell'intervento a protezione dei propri cittadini all'estero, è, nel caso di specie, di natura puramente fittizia. Difatti, la gran parte dei cittadini osseti, dotati di passaporto russo, non aveva stabilito alcun legame con lo Stato russo e, dunque, la concessione della cittadinanza da

²⁴⁸ Chatham, *Defense of Nationals Abroad: the Legitimacy of Russia's Invasion of Georgia*, vol. 23, 2011, p. 75-102.

²⁴⁹ Cfr. la lettera di Vitaly Churkin, rappresentante permanente della Federazione Russa alle Nazioni Unite, al Presidente del Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/2008/545, 11 Agosto 2008.

parte di quest'ultimo non poteva rilevare sul piano internazionale²⁵⁰. Tale constatazione, peraltro, avvalorava ulteriormente la tesi che la concessione della cittadinanza russa ai cittadini osseti fosse funzionale esclusivamente a consentire l'esercizio di un'indebita forma di controllo da parte di Mosca entro i confini della Georgia.

Anche l'imminenza della minaccia per i cittadini russi in Ossezia è discutibile, inoltre va rilevato che già da diverso tempo la Georgia effettuava operazioni coercitive per cercare di fiaccare le istanze secessioniste ossete, che, tuttavia non avevano mai indotto Mosca ad intervenire. Quanto alla necessità del ricorso all'uso della forza, è stato correttamente osservato che la Russia non ha mostrato interesse alla pacifica soluzione della controversia in atto. Infine, anche il requisito della proporzionalità dell'intervento rispetto al fine di evacuare i cittadini russi non può ritenersi soddisfatto, giacché le milizie russe non hanno operato in modo da minimizzare i danni in territorio georgiano, ma, anzi, hanno deliberatamente ricercato lo scontro con le forze georgiane, dando la sensazione di un'azione punitiva più che umanitaria.

Il caso dell'Ossezia ha molte similitudini con la prassi statunitense di intervento nel continente americano, e condivide con gli altri casi della prassi, come il raid israeliano la finalità punitiva.

Insomma, l'intervento russo del 2008 in Georgia è paragonabile ad alcuni degli episodi risalenti in cui la reazione della comunità internazionale è stata più severa contro lo Stato interveniente, proprio in ragione delle evidenti finalità politiche dell'intervento e del mancato rispetto dei limiti procedurali previsti dallo *jus ad bellum*. Anche in questo caso, la reazione della comunità internazionale, sebbene meno vistosa che in passato, è stata dura. Gli Stati Uniti sono stati i capofila della critica contro l'operazione russa, a fianco degli altri membri del G7, che hanno intimato alla Russia di accettare la mediazione internazionale, e di quelli dell'ex blocco sovietico, che hanno invitato la Nato e l'Ue ad adoperarsi per porre termine all'aggressione²⁵¹.

La condanna dell'Unione Europea e della Nato, che hanno ingiunto alla Russia di interrompere immediatamente l'operazione bellica e condannato l'eccessivo ricorso alla coercizione, non si è fatta attendere.

²⁵⁰ Sloane, *Breaking the genuine link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*, vol.50, 2009, p. 3 ss., p. 11.

²⁵¹ Scor, *Update Report: Georgia*, 12 agosto 2008.

Anche l'Osce ha preso una posizione, chiedendo l'immediata cessazione delle ostilità, il ritiro delle truppe russe, il rispetto dell'integrità territoriale della Georgia e la creazione di una forza di interposizione internazionale per assicurare il cessate il fuoco.

Inoltre, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha recentemente dichiarato ammissibile il ricorso interstatale proposto dalla Georgia contro la Russia nell'agosto 2008.

La risposta internazionale alla crisi georgiana dimostra quanta importanza gli Stati annettano ancor oggi al divieto di ricorso alla coercizione nelle relazioni internazionali e ribadisce il rilievo assunto dai tradizionali requisiti dello *jus ad bellum* nella valutazione dell'intervento a protezione dei cittadini all'estero.

L'analisi della prassi, tuttavia, non chiarisce il fondamento giuridico delle operazioni di soccorso dei propri cittadini all'estero, sul quale è opportuno esaminare le posizioni della dottrina e le esternazioni degli Stati membri in seno agli organi dell'Onu.

3.2 L'AFFIEVOLIRSI DELLA NECESSITÀ DEL LEGAME DI NAZIONALITÀ IN CASO DI AZIONE IN PROTEZIONE DIPLOMATICA A TUTELA DI DIRITTI UMANI FONDAMENTALI: IL CASO LETELIER

Tra le vicende citate, riguardo l'affievolirsi della necessità del legame di nazionalità in caso di azione in protezione diplomatica a tutela dei diritti umani fondamentali è il caso Letelier, che riguarda l'assassinio di Orlando Letelier. In questo caso la District Court affermò la propria giurisdizione nonostante l'azione degli agenti cileni fosse evidentemente un atto *jure imperii*. Più che la motivazione della decisione, ciò che qui interessa è il seguito della vicenda, che lasciò presto il campo giurisdizionale interno per passare a quello delle relazioni internazionali in senso stretto. La questione, infatti, trovò la propria soluzione in un accordo, concluso tra Stati Uniti e Cile, con il quale quest'ultimo Paese accettava di versare al Governo statunitense una somma *ex gratia* (da determinarsi con un arbitrato), purché fosse riconosciuta l'illegittimità della sentenza che gli aveva negato l'immunità giurisdizionale²⁵²; la negazione dell'immunità quindi fu considerata una reazione illecita ad un illecito. Ciò premesso, sembra opportuno rilevare che il fatto che la questione sia stata immediatamente riportata da entrambi gli Stati alla sfera delle loro relazioni diplomatiche mostra la volontà degli Stati stessi di sottrarre questioni di questo tipo al potere giudiziario e di lasciarle gestire piuttosto dall'esecutivo, libero di trattarle discrezionalmente e secondo calcoli anche di opportunità, esattamente come avviene nella protezione diplomatica classica.

Allo stato attuale del diritto internazionale non si può affermare né l'esistenza di un regime di deroga all'immunità giurisdizionale degli Stati in caso di violazione di diritti umani fondamentali, né una tendenza alla formazione di una consuetudine in tal senso. Sono state poi illustrate le ragioni per cui l'attribuzione ai giudici interni della competenza a giudicare sul rispetto dei diritti umani da parte di Stati stranieri risulterebbe inappropriata. Si tratta ora di vedere se da una diversa lettura della prassi internazionale e delle sue tendenze evolutive sia possibile ricavare un altro strumento di tutela.

Già nel valutare le diverse teorie proposte in materia di immunità, abbiamo avuto modo di sottolineare come la dottrina si sia limitata alla lettura delle sole pronunce giudiziarie e delle affermazioni ivi contenute, senza tenere conto dell'evoluzione delle relative controversie, tanto in rapporto ai diversi gradi del giudizio quanto in relazione alla loro eventuale soluzione extragiudiziale. Riteniamo invece che, se da tali pronunce si vuole ricavare la tendenza della prassi internazionale in materia, non possono essere soltanto le sentenze in sé ad avere valore, ma piuttosto lo sviluppo complessivo delle vicende. In altri termini, deve essere valutata la reazione d'insieme degli Stati coinvolti nella controversia, tanto dello Stato del quale i giudici sono organo, quanto di quello convenuto.

Se la prassi sino ad ora citata viene letta nel modo appena indicato, la circostanza che le sentenze siano spesso rimaste non eseguite e che i giudici di ultima istanza abbiano pressoché costantemente annullato le pronunce che tendevano a negare l'immunità assume il giusto rilievo. Analogamente, sarà possibile tenere conto della circostanza che gli Stati chiamati in causa abbiano sempre affermato la propria immunità, rifiutando, in alcuni casi, di partecipare al giudizio²⁵³. Entrambi questi dati indicano che, ai vertici delle organizzazioni statali, permane la convinzione dell'obbligatorietà della regola che garantisce l'immunità dalla giurisdizione.

D'altro canto, il metodo d'analisi da noi proposto permette di considerare adeguatamente anche il comportamento extragiudiziale di detti Stati. Assumono così un rilievo particolare le controversie che hanno trovato la loro soluzione in accordi internazionali grazie ai quali le vittime sono state risarcite, pur non avendo ottenuto soddisfazione in giudizio.

La scelta di considerare i casi rilevanti nel loro complesso e di prestare attenzione ai loro sviluppi extragiudiziali ci induce a leggerli nell'ottica della protezione diplomatica²⁵⁴. Questa soluzione, oltre a sembrare maggiormente

²⁵³ Si ricordi, ad esempio, il comportamento dell'Unione sovietica nelle controversie *Von Dardel* e *Frolova*, nonché quello del Cile nella vicenda *Letelier*, e ancora l'atteggiamento della Germania nel primo grado del caso greco.

²⁵⁴ Non è questa la sede per una compiuta analisi di un istituto classico e ampiamente trattato del diritto internazionale; basti rilevare che utilizziamo qui il concetto di protezione diplomatica in senso generico intendendo l'azione dello Stato che, secondo la tecnica dell'*endossement*, fa propria la causa dell'individuo portandola nella sfera del diritto internazionale alla quale quest'ultimo non avrebbe altrimenti accesso (COMBACAU, SUR, *Droit international public*⁵, Paris, 2001, p. 533). In quest'ottica, la difesa dell'individuo da parte dello Stato può essere messa in atto con tutti i mezzi di cui quest'ultimo ha la disponibilità:

conforme alla prassi, risulta preferibile anche per ragioni di opportunità. Essa, infatti, non si espone alle perplessità che suscitano – per quanto si è già visto – le soluzioni volte ad affermare un regime di deroga all’immunità degli Stati dalla giurisdizione. E ciò perché l’azione in protezione diplomatica non solo permette di lasciare agli Stati un ampio margine di scelta nella soluzione della vicenda, ma può anche condurre ad un accordo che soddisfi equamente tutte le vittime della violazione, nel caso in cui essa presenti un carattere di massa. Peraltro, già nei casi tradizionali nell’ambito dei quali l’istituto della protezione diplomatica ha trovato applicazione, ovvero quelli relativi alla tutela della proprietà in caso di espropriazioni e nazionalizzazioni, i tribunali interni avevano operato un’autolimitazione in favore della competenza dell’esecutivo²⁵⁵, favorendo così la conclusione di accordi di indennizzo globale²⁵⁶.

Come si è avuto modo di rilevare nel corso del paragrafo precedente, l’accordo tra Stati Uniti e Germania, conclusivo della vicenda *Princz*, pare rispondere alle esigenze di una tutela generalizzata dei diritti umani meglio di quanto avrebbe fatto una decisione giurisprudenziale in favore del singolo cittadino²⁵⁷. Ciò che, in questa sede, sembra importante mettere in luce è la similitudine tra quell’accordo ed i tradizionali *lump sum agreements*, con la conseguenza che tutta la vicenda pare facilmente interpretabile secondo lo schema classico della protezione diplomatica.

La maggiore idoneità di tale scelta interpretativa a spiegare la prassi rilevante, sembra confermata dalla controversia *Letelier v. Chile*. Anche in

proteste, proposte di arbitrato, contromisure o ricorrendo ad eventuali giurisdizioni internazionali alle quali l’individuo non abbia accesso.

²⁵⁵ Si ricordi, a titolo di esempio, la sentenza resa il 23 marzo 1964 dalla Corte Suprema statunitense nella controversia *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* (376 U.S. 398 (1964)). La Corte, per giustificare l’applicazione dell’ «Act of State doctrine», affermò che una pronuncia giudiziaria nel caso di specie avrebbe costituito un’ingerenza del tutto inopportuna nelle attività del potere esecutivo in quanto «Following an expropriation of any significance, the Executive engages in diplomacy aimed to assure that United States citizens who are harmed are compensated fairly. Representing all claimants of this country, it will often be able, either by bilateral or multilateral talks, by submission to the United Nations, or by the employment of economic and political sanctions, to achieve some degree of general redress. Judicial determinations of invalidity of title can, on the other hand, have only an occasional impact, since they depend on the fortuitous circumstance of the property in question being brought into this country».

²⁵⁶ In generale sulle nazionalizzazioni cfr. TESAURO, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976, PADELLETTI, *Nazionalizzazioni nel diritto internazionale*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, p. 110 ss., nonché la dottrina ivi citata; in particolare sugli accordi di indennizzo globale, cfr. LILLICH, *Lump Sum Agreements*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Amsterdam, 1997, p. 268 ss.

questo caso, infatti, nonostante l'azione giudiziaria dei parenti di Orlando Letelier e Ronni Moffit non abbia avuto successo, gli Stati Uniti hanno fatta propria la causa degli individui sul piano internazionale mettendo in atto una serie di negoziati che si sono conclusi con la nomina di una commissione arbitrale incaricata di determinare l'ammontare del risarcimento che il Cile aveva accettato di pagare al Governo statunitense²⁵⁸.

L'istituto della protezione diplomatica, quindi, anche se apparentemente meno accessibile agli individui di quanto sia un ricorso giurisdizionale, appare più conforme alla realtà attuale dei rapporti internazionali.

Una significativa indicazione in questo senso ci pare emergere, del resto, dai lavori della Commissione di diritto internazionale per la codificazione della protezione diplomatica. Infatti, tanto nel primo rapporto presentato da Bennouna nel 1998 quanto in quello del 2000 di Dugard è data una grandissima importanza all'individuo come soggetto di diritto e all'utilizzo dell'istituto in questione come strumento di tutela dei diritti umani fondamentali.

Due elementi, tuttavia, paiono distinguere la protezione diplomatica classica da quella che sembra delinearsi in caso di violazione di diritti umani fondamentali: in primo luogo, sembra ridursi l'esigenza del legame di nazionalità; in secondo luogo, la discrezionalità degli Stati potrebbe non essere più assoluta. Siffatti elementi portano a ritenere ipotizzabile una sorta di protezione diplomatica «aggravata» a tutela dei diritti umani fondamentali. Premesso fin da ora che tali aspetti ci sembrano indicativi di una linea di tendenza, piuttosto che di una prassi consuetudinaria già consolidata, è necessario procedere ad esaminarli analiticamente.

3.3 LA RIDUZIONE DELLA DISCREZIONALITÀ DELLO STATO QUANDO L'AZIONE IN PROTEZIONE DIPLOMATICA E CONSEGUENZA DI UNA VIOLAZIONE DI DIRITTI UMANI FONDAMENTALI: IL CASO PRINCZ

Per meglio comprendere e valutare criticamente la teoria in esame, pare utile, inoltre, analizzarla alla luce delle sentenze rese dalla District Court e dalla Court of Appeals nel caso *Princz*, in occasione del quale le giurisdizioni statunitensi furono chiamate a decidere sul diritto della Germania all'immunità in relazione ai crimini commessi nei confronti degli ebrei durante la seconda guerra mondiale ²⁵⁹.

Nel primo grado del giudizio, la District Court negò l'immunità della Germania con una decisione che sembrerebbe confermare la validità della tesi in esame ²⁶⁰. Tuttavia, è necessario sottolineare che la Corte non accolse l'argomento secondo cui il Governo tedesco aveva implicitamente rinunciato all'immunità. Al contrario, essa negò *tout court* l'applicazione del FSIA in base alla considerazione che uno Stato che commette violazioni efferate dei fondamentali diritti umani si colloca al di fuori del diritto e non può di conseguenza invocare il diritto stesso a garanzia della propria immunità ²⁶¹. La sentenza quindi, sebbene sembri aprire la via alla protezione dei diritti dell'uomo da parte dei tribunali statunitensi, si fonda sul concetto di *perdita* dell'immunità piuttosto che sul presupposto della *rinuncia* alla stessa ²⁶².

Più interessante in questa sede è la sentenza d'appello ²⁶³. Diversamente dalla District Court, infatti, la Court of Appeals applicò il FSIA; di conseguenza essa si pronunciò sulla questione della rinuncia implicita all'immunità da

²⁵⁹ Hugo Princz, cittadino statunitense, era un ebreo sopravvissuto all'olocausto. Dopo aver visto respinta dalla Germania la sua richiesta di pensione o altra forma di risarcimento, egli agì in giudizio negli Stati Uniti. La tesi principale della difesa di Princz era che il Governo del Terzo Reich, violando lo *jus cogens* internazionale, avesse implicitamente rinunciato alla propria immunità e che quindi si dovesse applicare l'eccezione prevista dal § 1605(a)(1) del FSIA.

²⁶⁰ Hugo Princz v. Federla Republic of Germany, sent. 23 dicembre 1992 in *Law Reports*, vol. 103, pp. 598-603.

²⁶¹ Nelle parole della Corte: «*the FSIA has no role to play where the claims alleged involve undisputed acts of barbarism committed by a onetime outlaw nation which demonstrated callous disrespect for the humanity of an American citizen, simply because he was Jewish*» (p. 601; i corsivi sono aggiunti).

²⁶² Sulla tesi della perdita dell'immunità per violazione di norme di *jus cogens*, indipendentemente da una rinuncia implicita o esplicita, si rinvia al par. 4.

²⁶³ Hugo Princz v. Federla Republic of Germany, sent. 1 luglio 1994 in *Law Reports*, vol. 103, pp. 604-621.

parte della Germania, respingendo però l'argomento²⁶⁴. La Corte, infatti, in linea con quanto precedentemente statuito dalla Court of Appeals del nono circuito nel caso *Siderman de Blake*²⁶⁵, affermò l'incompatibilità della teoria della rinuncia implicita con il requisito di intenzionalità sottinteso al concetto stesso di rinuncia²⁶⁶. In effetti, questa è la principale critica che, da un punto di vista logico giuridico, può essere mossa alla tesi che ci occupa: la rinuncia in quanto tale è una manifestazione di volontà, volontà che può dedursi da fatti concludenti quali la partecipazione al giudizio, ma dalla quale non si può prescindere²⁶⁷.

In altri termini, se la rinuncia all'immunità è uno dei modi per consentire di essere sottomessi alla giurisdizione del foro, non ha senso costruire un tale consenso laddove esso non esiste. Tanto più che nella prassi in materia l'unica manifestazione di volontà dello Stato è la pretesa di vedere garantito il proprio diritto all'immunità ed è proprio in ragione di siffatta pretesa che sorge la controversia²⁶⁸.

²⁶⁴ Si noti che *amici curiae* avevano citato, a sostegno del loro argomento, proprio lo scritto di Belski, Marva e Roht-Arriaza.

²⁶⁵ *Siderman de Blake and others v. Republic of Argentina*, sent. 22 maggio 1992, in *Law Reports*, vol.103 pp. 454-479. La notte del colpo di stato militare del 1976 in Argentina, Jose Siderman fu imprigionato e torturato perché ebreo. Appena liberato, Siderman, la moglie e il figlio scapparono negli Stati Uniti dove raggiunsero la figlia, cittadina statunitense, e ottennero la cittadinanza. Prima di partire avevano organizzato la vendita di parte dei loro beni. Durante il loro volontario esilio, in Argentina fu istituito un processo penale nel quale si accusavano i Siderman di aver venduto beni di cui non erano proprietari. Nel corso del processo il Governo argentino chiese con lettera rogatoria alla Superior Court di Los Angeles l'invio di una serie di documenti, la richiesta fu accolta. Nel 1982 la famiglia Siderman adì la District Court, contro l'Argentina, chiedendo il risarcimento del danno per la tortura subita e per l'espropriazione illegittima dei loro beni. Poiché la District Court aveva dichiarato l'azione irricevibile, i Siderman ricorsero in appello. Per quanto concerne le allegazioni relative alle torture subite da Jose Siderman la Court of Appeals affermò: «The fact that there has been a violation of jus cogens does not confer jurisdiction under the FSIA» (p. 475). La Corte accolse, invece, un ulteriore argomento proposto da Siderman: la rogatoria proposta dal Governo argentino era strettamente collegata all'azione di Siderman; ricorrendo essa stessa alle corti statunitensi, l'Argentina avrebbe rinunciato alla propria immunità (p. 478). L'immunità fu quindi negata, ma non applicando la *human rights exception*.

²⁶⁶ Nelle parole della Corte: «the amici's *jus cogens* theory of implied waiver is incompatible with the intentionality requirement implicit in § 1605(a)(1)», e ancora «an implied waiver depends upon the foreign government's having at some point indicated its amenability to suit», (cit., p. 610).

²⁶⁷ La tesi della rinuncia implicita è stata nuovamente respinta, anche recentemente, dai tribunali statunitensi; si vedano, ad esempio la sent. 26 novembre 1996 della Court of Appeals per il secondo circuito, *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, in *Law Reports*, vol. 113, pp. 534-542, e la sent. 8 aprile 1997 della District Court per il Southern District di New York, *Hirsch v. State of Israel and State of Germany*, in *Law Reports*, vol. 113, pp. 542-551.

²⁶⁸ Per analoghi rilievi, cfr. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, 1997, p. 191.

Anche la vicenda *Princz*, se analizzata nel suo complesso, può essere meglio compresa nell'ottica della protezione diplomatica. In precedenza, sono state ampiamente illustrate le ragioni per cui la sentenza della District Court annullata dalla Court of Appeals non può essere considerata un precedente valido per affermare una tendenza del diritto consuetudinario verso la negazione dell'immunità in caso di violazione di diritti umani fondamentali. Si tratta ora di valutare quale rilievo assumano, in rapporto all'evolversi della prassi internazionale, i negoziati che, in seguito alla decisione della Court of Appeals, vennero intrapresi fra Stati Uniti e Germania e che, come già accennato, si conclusero con l'accettazione da parte della Germania di versare agli Stati Uniti un risarcimento complessivo da distribuirsi tra tutti i cittadini statunitensi che non avessero ricevuto alcun altro indennizzo²⁶⁹.

In questo caso, ancor più che nella vicenda *Letelier*, l'azione statunitense riveste i caratteri tipici della protezione diplomatica, ove si consideri che gli Stati Uniti hanno fatto propria la causa di un *loro* cittadino vittima di una violazione del diritto internazionale in territorio straniero, ottenendo un risarcimento del danno da questi subito. Poiché *Princz*, diversamente da *Letelier*, era cittadino statunitense, il diritto dello Stato ad agire era garantito dalle regole consuetudinarie classiche in materia di protezione diplomatica. Tuttavia, dall'analisi del rapporto tra la decisione della District Court e l'azione statunitense sul piano internazionale si ricava un elemento interessante, indicativo della tendenza degli Stati a proteggere in modo particolare i cittadini che abbiano subito violazioni gravi dei diritti umani. In effetti, tre eventi si sono susseguiti nel tempo: in un primo momento, la District Court ha affermato il diritto costituzionale di un cittadino statunitense vittima dell'olocausto a ricorrere ai tribunali del suo Paese²⁷⁰; in seguito la Court of Appeals ha, a sua volta, affermato la prevalenza su questo diritto del diritto dello Stato straniero all'immunità dalla giurisdizione; infine, grazie all'azione diplomatica degli Stati Uniti, *Princz* ha ottenuto, sostanzialmente, quel risarcimento per il quale aveva adito la District Court. Ponendo questi elementi in relazione tra loro, se ne ricava l'impressione che, a fronte di una

²⁶⁹ Si ricordi che di fatto fu Hugo Princz a profittare maggiormente della somma di denaro concessa.

²⁷⁰ Nelle parole della Corte: "a United States citizen, who was a victim of the Holocaust, has a constitutional right to proceed in a United States Court..." (sent. cit. p. 602).

norma internazionale che impone di garantire l'immunità dalla giurisdizione, si profila, nell'ordinamento interno, una norma che impone allo Stato di agire, nei modi che il diritto internazionale gli accorda, a tutela di un proprio cittadino vittima di una grave violazione dei diritti umani fondamentali. In altri termini, sembra che, per sopperire alla necessità di rispettare la regola dell'immunità, sorga, nell'ordinamento interno, un *diritto* dell'individuo alla protezione diplomatica.

Il caso *Princz* è senza dubbio un caso isolato, dunque di per sé insufficiente ad indicare con esattezza l'evoluzione del diritto interno statunitense e dello stesso diritto internazionale nel senso di un obbligo dello Stato di agire in protezione diplomatica dinanzi alla violazione di diritti umani fondamentali di propri cittadini. Ciononostante, esso assume un rilievo del tutto particolare se viene letto alla luce della proposta recentemente avanzata dal relatore speciale in seno alla Commissione di diritto internazionale di rendere obbligatoria, a determinate condizioni, l'azione dello Stato a tutela di cittadini nei confronti dei quali siano state violate norme di *jus cogens*²⁷¹. Tale proposta, come ammesso dal medesimo relatore speciale, appartiene più allo sviluppo progressivo del diritto che alla sua codificazione; e comunque essa è stata respinta dalla Commissione di diritto internazionale.

Malgrado ciò, sembra tuttavia opportuno sottolineare la comune linea di tendenza ricavabile sia dalla vicenda *Princz* sia dalla proposta di Dugard.

Siffatto parallelismo risulta ancora più interessante se si tiene conto del fatto che esso si colloca perfettamente in un quadro più generale che investe da un lato la prassi internazionale nel suo complesso e dall'altro i lavori di codificazione della Commissione di diritto internazionale. Così come nella prassi si coglie la tendenza ad affermare l'immunità dello Stato anche in caso violazione dei diritti umani, ma nel contempo a tutelare comunque la vittima attraverso un'azione in protezione diplomatica, altrettanto avviene in seno

²⁷¹ L'art. 4 del Progetto di Dugard, cit., recitava:

«1 Unless the injured person is able to bring a claim for such injury before a competent international court or tribunal, the State of his/her nationality has a legal duty to exercise diplomatic protection on behalf of the injured person upon request, if the injury results from a grave breach of a *jus cogens* norm attributable to another State.

2. The State of nationality is relieved of this obligation if: a) The exercise of diplomatic protection would seriously endanger the overriding interests of the State and/or its people; b) Another State exercises diplomatic protection on behalf of the injured person; c) The injured person does not have the effective and dominant nationality of the State.

3. States are obliged to provide in their municipal law for the enforcement of this right before a competent domestic court or other independent national authority»

alla Commissione di diritto internazionale. Infatti, mentre dai lavori di codificazione dell'immunità degli Stati non emerge la negazione dell'immunità come strumento per la promozione dei diritti umani, in materia di protezione diplomatica la tutela dell'individuo è il filo conduttore della discussione. Riteniamo che ciò sia dovuto al fatto che l'idea di una «protezione diplomatica aggravata» a tutela dei diritti umani fondamentali è più facilmente accettabile da parte degli Stati di quanto non sia la perdita dell'immunità giurisdizionale; e ciò perché l'azione diplomatica lascia un ampio margine di scelta allo Stato che agisce ed un altrettanto ampio margine di possibilità negoziale a quello che subisce l'azione, mentre la stessa cosa non può dirsi per un processo dinanzi ad un giudice interno.

3.4 RIFLESSIONI SULLE NUOVE FUNZIONI SVOLTE DALLA PROTEZIONE DIPLOMATICA DEI PROPRI CITTADINI ALL'ESTERO A SEGUITO DEGLI SVILUPPI NORMATIVI SUI DIRITTI UMANI

A conclusione dell'indagine in materia di determinazione dei principali profili di incidenza della disciplina sui diritti dell'uomo rispetto all'applicazione delle regole in tema di protezione diplomatica, occorre soffermarsi sul problema della persistente rilevanza nel diritto internazionale generale dell'istituto della protezione diplomatica alla luce, in particolare, dell'esistenza di meccanismi di ricorso individuale previsti in alcuni sistemi normativi di natura speciale che precludono il ricorso alla protezione diplomatica, o ne sospendono temporaneamente l'esercizio.

È noto anzitutto che determinati sistemi convenzionali sulla protezione dei diritti individuali di carattere economico regolano espressamente la questione dei rapporti fra protezione diplomatica e presentazione di ricorsi da parte di privati. L'art. 27 della Convenzione di Washington del 1965 istitutiva dell'ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes), che ha competenza a risolvere le controversie fra Stati e privati stranieri in materia di investimenti, prevede: "No Contracting States shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention [...]".

In senso analogo, alcuni trattati bilaterali sugli investimenti, prevedendo la risoluzione delle controversie in materia di investimenti stranieri attraverso il ricorso ai tribunali nazionali dello Stato nel quale viene effettuato l'investimento, oppure per arbitrato internazionale, escludono di conseguenza la possibilità per lo Stato nazionale di esercitare la protezione diplomatica.

Più complesso risulta il coordinamento fra protezione diplomatica e ricorsi individuali in assenza di previsioni specifiche in materia. Con particolare riguardo ai meccanismi di ricorso individuale previsti da diverse convenzioni di carattere universale e regionale sulla tutela dei diritti dell'uomo, che non disciplinano espressamente il problema in esame, vi è chi ha sostenuto la prevalenza degli strumenti individuali di tutela dei diritti fondamentali, ritenendo pertanto di carattere sussidiario il ricorso alla protezione

diplomatica. In proposito, tuttavia, appare più conforme agli elementi ricavabili dalla prassi la posizione recentemente assunta dalla Commissione del diritto internazionale che, nel progetto di articoli approvato nel 2004, ha inserito una regola in base alla quale le norme sulla protezione diplomatica vengono escluse dall'ambito di applicazione di tali sistemi soltanto "where, and to the extent that, they are inconsistent with special treaty provisions" (art. 18). La ratio della regola, che la stessa Commissione propone di interpretare in senso restrittivo, precludendo pertanto il ricorso alla protezione diplomatica soltanto se tale esclusione è espressamente stabilita dai sistemi normativi speciali, risiede nella possibilità per l'individuo di avvalersi di ogni strumento disponibile per la tutela dei propri diritti, sia accedendo direttamente ai meccanismi di ricorso individuale eventualmente stabiliti da regimi speciali, sia richiedendo l'intervento in protezione diplomatica da parte dello Stato nazionale.

Si può in conclusione ritenere che l'istituto della protezione diplomatica continui tuttora a svolgere un ruolo essenziale nel diritto internazionale.

Sul piano generale, infatti, sembra che la persistente importanza e l'attualità della protezione diplomatica trovino conferma negli stessi mutamenti di una certa rilevanza intervenuti in materia di protezione diplomatica e riguardanti, come si è visto, la natura e soprattutto le nuove finalità dell'istituto, che tengono maggiormente conto dell'esigenza di protezione dell'individuo in quanto tale, senza che abbia rilievo particolare l'accertamento della sua cittadinanza. Tali cambiamenti sono dovuti soprattutto all'incidenza in tema di protezione diplomatica della disciplina a tutela dei diritti umani (che costituisce il parametro normativo principale per comprendere l'evoluzione dell'istituto della protezione diplomatica), dando peraltro luogo ad un progressivo ed assai interessante fenomeno di influenza reciproca tra i due istituti, che, pur mantenendosi tuttora sostanzialmente separati ed autonomi, tendono a coordinarsi nella prassi.

Fra gli effetti generali più rilevanti in materia di incidenza della normativa sulla tutela dei diritti umani rispetto alla protezione diplomatica si può segnalare la tendenza all'assorbimento progressivo della disciplina internazionalistica sul trattamento dello straniero, che costituisce l'ambito di applicazione tradizionale della protezione diplomatica, nel quadro della

regolamentazione riguardante la tutela predisposta a favore dell'individuo in genere. La realizzazione di tale obiettivo viene ottenuta da un lato attraverso una progressiva flessibilità nell'applicazione delle regole in materia di protezione diplomatica e dall'altro in base ad una vera e propria evoluzione di determinati profili applicativi di tali regole, come dimostrato in particolare dall'esame riguardante la determinazione dello Stato che ha facoltà di agire a tutela dei propri cittadini.

Una ulteriore conseguenza di carattere generale relativa agli effetti prodotti dalla disciplina in tema di diritti umani sulla protezione diplomatica è inoltre rappresentata dalla rilevanza maggiore degli interessi sostanziali dell'individuo, che emergono con chiarezza sia al momento dell'individuazione dello Stato che può agire in protezione diplomatica, sia con riguardo alla riduzione progressiva della discrezionalità dell'azione da parte dello Stato legittimato ad intervenire. Da questo ultimo punto di vista si sono messi in luce gli sviluppi della prassi interna, di carattere normativo e giurisprudenziale, che sembrerebbero poter essere interpretati nel senso dell'affermazione di una tendenza finalizzata a riconoscere al cittadino il potere di attivare, sul piano nazionale, un controllo giurisdizionale sulla decisione statale di non agire in protezione diplomatica, nella quale occorre verificare se sia stato tenuto adeguatamente conto degli interessi individuali coinvolti nella fattispecie concreta.

Sotto il profilo più specifico dei rapporti esistenti fra protezione diplomatica e meccanismi individuali di tutela dei diritti umani va anzitutto osservato che la protezione diplomatica costituisce tuttora lo strumento principale di tutela dei diritti fondamentali nelle ipotesi in cui non risultino applicabili i regimi normativi speciali che prevedono meccanismi di ricorso individuale. Non è peraltro assicurato che l'applicazione degli strumenti convenzionali che consentono la presentazione di ricorsi individuali risulti necessariamente più efficace ai fini della protezione dei diritti fondamentali dell'individuo, se si tiene ad esempio in considerazione la necessità di coordinare il rispetto dei trattati sui diritti umani con i limiti posti dal diritto internazionale generale in materia di immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile.

Occorre inoltre rilevare che, anche nelle fattispecie nelle quali l'individuo ha accesso diretto agli strumenti di ricorso previsti da diversi accordi

internazionali, o da altri sistemi speciali, il rapporto fra tali strumenti e la protezione diplomatica non può essere definito sulla base della prassi in termini di pura alternatività, ma piuttosto di integrazione e coordinamento reciproco. Ad esempio, lo stesso sistema ICSID, che, come si è detto, dispone la sospensione dell'esercizio della protezione diplomatica durante l'espletamento della procedura arbitrale, ne consente tuttavia espressamente il ripristino qualora lo Stato parte della controversia "shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute" (art. 27). La possibilità di ricorrere alla protezione diplomatica in caso di mancata esecuzione della sentenza arbitrale appare peraltro un elemento abbastanza consolidato nella prassi convenzionale in materia di tutela dei diritti individuali di carattere economico, come confermato dall'inserimento di disposizioni di contenuto conforme alla norma sopra indicata in alcuni trattati bilaterali sugli investimenti.

3.5 LE POSIZIONI DELLA DOTTRINA SUL FONDAMENTO NORMATIVO

I tentativi di rintracciare il fondamento giuridico della prassi in commento all'interno della Carta delle Nazioni Unite si sono rivolti in varie direzioni.

Una parte della dottrina più risalente²⁷², muovendo da un'interpretazione letterale della norma contenuta nell'art. 2 par. 4 della Carta, ha sostenuto che il divieto di ricorso alla forza non riguardi le ipotesi *minoris generis*, ma soltanto quelle in cui la coercizione è esercitata per ledere l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di uno Stato. Il ricorso alla forza, dunque, non sarebbe interdetto nei casi in cui le finalità dell'intervento fossero apolitiche o umanitarie²⁷³. Ne consegue che un intervento coercitivo, se realizzato al solo fine di proteggere i propri cittadini all'estero e nel rispetto delle norme procedurali di natura consuetudinaria che presiedono all'esercizio del diritto di legittima difesa, non sarebbe in contrasto con l'art. 2, par. 4 della Carta, né con i fini delle Nazioni Unite, essendo la difesa dei diritti umani uno degli obiettivi principali dell'organizzazione. Tale impostazione è stata criticata soprattutto in quanto collide con il principio di inviolabilità territoriale. Infatti, come si evince dai lavori preparatori della Carta e dalla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia²⁷⁴, l'art. 2, par. 4 non può essere interpretato in modo da escludere l'illegittimità del ricorso alla forza quando quest'ultima non sia rivolta contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di uno Stato²⁷⁵.

La tesi che tende a relativizzare la cogenza del divieto di ricorso alla forza, accolto nell'art. 2, par. 4 della Carta, al fine di legittimare la prassi in commento, ha trovato sostegno anche in considerazioni di ordine pratico, che riguardano le disfunzioni del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite²⁷⁶. Alcuni autori, infatti, hanno sostenuto che il divieto di minaccia o di

²⁷² Lillich, *Forcible Self-Help by State to Protect Human Rights*, vol. 53, 1967-1968, p. 325-351.

²⁷³ Jeffery, *The American Hostages in Teheran*, vol. 30, 1981, p. 717-729.

²⁷⁴ Corte internazionale di giustizia, *Corfu Channel*, sentenza 9 aprile 1949, p. 4-38, 33-35.

²⁷⁵ Questa tesi è contraddetta dall'art. 1 della Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulla definizione di aggressione, in base al quale l'atto di aggressione si sostanzia non soltanto in una violazione dell'integrità territoriale e dell'indipendenza politica di uno Stato, ma più in generale della sua sovranità. Assemblea generale Onu, *Definition of Aggression, Resolution 3314* del 14 dicembre 1974.

²⁷⁶ Delahunty, *Paper Charter: Self-Defense and the Failure of the United Nations Collective Security System*, vol. 56, 2007, p. 871-954.

uso della forza debba considerarsi assoluto nella misura in cui il Consiglio di sicurezza sia in grado di garantire una pronta ed efficace risposta nella fase «patologica» delle relazioni internazionali.

In caso contrario, lo Stato i cui interessi sono stati lesi si riapproprierebbero dell'originario diritto all'autotutela, esistente nell'ordine internazionale pre-carta²⁷⁷. Il tentativo di assoggettare l'assolutezza del divieto di ricorso alla forza all'efficacia della reazione del Consiglio di sicurezza è stato, tuttavia, destituito di fondamento dalla costante giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia che, ha sostenuto che le disfunzioni delle Nazioni Unite non possono essere addotte a giustificazione di un affievolimento della natura assoluta del divieto di intervento nel diritto internazionale.

Secondo un'altra tesi, più diffusa in dottrina, la reazione armata a protezione dei propri cittadini può essere ricondotta nell'alveo operativo del principio di legittima difesa, in quanto unica causa di esclusione dell'illecito derivante dal ricorso alla forza prevista nel sistema Onu. Invero, dal momento che l'art. 51 della Carta definisce la legittima difesa come un diritto naturale, vi sarebbe una sostanziale coincidenza tra la portata della norma ivi codificata e il principio consuetudinario di legittima difesa esistente nell'ordine internazionale pre-carta che, come si è avuto modo di osservare nelle pagine che precedono, si estendeva anche alle operazioni coercitive di soccorso dei civili in territorio straniero. Inoltre, la configurazione dell'intervento coercitivo a protezione dei propri cittadini all'estero come una forma sui generis di azione in legittima difesa implica che la legittimità dell'intervento debba essere valutata in base ai parametri dello *jus ad bellum* che vigono nel caso di risposta a un attacco armato e che il «genuine link» esistente tra lo Stato interveniente e il cittadino debba essere effettivo, giacchè la riconduzione della prassi in esame all'art. 51 si basa sulla *fiction iuris* della personificazione dello Stato nel cittadino residente all'estero²⁷⁸.

Pur degna di attenzione, anche la ricerca di una copertura giuridica della prassi in commento nell'alveo operativo dell'art. 51 è stata variamente criticata. Per quanto concerne il significato dell'espressione «diritto naturale», è stato notato che nulla nei lavori preparatori della Carta Onu suggerisce che essa rappresenti un ponte tra la norma di cui all'art. 51 e il

²⁷⁷ Jessup, *A Modern Law of Nations*, New York, 1948, p. 172.

²⁷⁸ Dinstein, *op. cit.*, p. 207-212.

diritto pre-carta. Inoltre, nella cornice di un sistema di sicurezza in cui la responsabilità principale per il mantenimento della pace è sottratta agli Stati e allocata nel Consiglio di sicurezza²⁷⁹, l'eccezione della legittima difesa è soggetta ad una interpretazione restrittiva²⁸⁰, talchè è arduo sostenere l'assimilabilità della nozione di «aggressione ai danni di un proprio cittadino all'estero» a quella di «attacco armato», soprattutto nei casi in cui l'individuo interessato è un comune cittadino e non un agente dello Stato. D'altra parte, il richiamo al principio della legittima difesa sarebbe interdetto in altre due ipotesi: in primo luogo, quando il rischio, che i propri cittadini all'estero subiscano maltrattamenti, non sia imminente²⁸¹; in secondo luogo, quando l'agente responsabile dell'aggressione dei propri cittadini all'estero sia un ente non statale²⁸².

Una terza tesi muove dal presupposto che l'istituto della legittima difesa e la prassi dell'intervento armato a protezione dei propri cittadini all'estero hanno diverse finalità e caratteristiche, per cui non è possibile ricondurre la seconda nell'alveo interpretativo del primo. La copertura normativa della prassi di intervento a protezione dei propri cittadini all'estero è individuata, quindi, in un generico principio di autotutela, radicato nel diritto consuetudinario pre-carta²⁸³ e sopravvissuto all'entrata in vigore della Carta delle Nazioni Unite²⁸⁴. Tale principio rappresenterebbe una causa di esclusione dell'illiceità del comportamento contrario all'art. 2, par. 4, della Carta Onu, autonoma rispetto all'art. 51 della stessa²⁸⁵ e attivabile contro uno Stato che ha violato le consuetudini internazionali sul trattamento degli stranieri ed è responsabile dei danni cagionati ai propri cittadini. Tuttavia, questa tesi non spiega come un siffatto diritto all'autotutela possa essere compatibile con l'istituto della protezione diplomatica e, soprattutto, con l'obbligo di soluzione pacifica

²⁷⁹ Cfr., art. 24 e il cap. VII della Carta Onu.

²⁸⁰ Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad*, cit., p. 12.

²⁸¹ Carletti, *La dimensione preventiva del contrasto al terrorismo e la protezione internazionale dell'individuo*, p. 238 ss.

²⁸² Cfr., la dichiarazione della Romania durante i dibattiti in Assemblea generale sull'art. 33 del Progetto di Articoli sulla Responsabilità Internazionale degli Stati (UN Doc. A/C.6/35/SR/50, 17 novembre 1980, par. 3, p.).

²⁸³ Dunn, *op. cit.*, p. 19.

²⁸⁴ Waldock, *op. cit.*, p. 451-517.

²⁸⁵ Panzera, *op. cit.*, p. 771-775; Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad*, cit., p. 68-76.

delle controversie, che rappresenta uno dei capisaldi dell'ordine internazionale edificato sulla Carta Onu²⁸⁶.

Infine, una parte della dottrina²⁸⁷ ha sostenuto che le operazioni coercitive di salvataggio di civili in territorio straniero possano essere inquadrate nel contesto della realizzazione di uno dei fini delle Nazioni Unite: la tutela dei diritti umani. Secondo questa tesi, il perseguimento di tale fine, in quanto strumentale al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, potrebbe – in talune ipotesi eccezionali – risultare preminente rispetto al divieto di ricorso alla forza nelle relazioni internazionali²⁸⁸. Tale impostazione è stata criticata muovendo da due ordini di considerazioni: da un punto di vista giuridico, oltre a svuotare di senso il principio di non ingerenza²⁸⁹, essa implica che la norma cogente sul divieto di ricorso alla forza sia derogabile dalla norma pattizia che prescrive l'obbligo di tutelare i diritti umani; da un punto di vista pratico, essa presuppone che la coercizione rappresenti uno strumento idoneo a garantire l'*enforcement* dei diritti umani, argomento che non trova riscontro né nei trattati sui diritti umani né nella prassi che ha ampiamente dimostrato i rischi insiti nel ricorso alla coercizione a fini umanitari²⁹⁰. Le critiche mosse alle tesi qui esposte avvalorano l'idea portata avanti da autorevole dottrina che il tentativo di rintracciare, in via ermeneutica, il fondamento giuridico della prassi in commento nella Carta Onu non possa produrre risultati soddisfacenti. A partire da questa constatazione, molti autori si sono limitati a qualificare la prassi in commento come una mera violazione del diritto internazionale vigente.

²⁸⁶ Ciò è avvalorato dalla costruzione dell'art. 94 della Carta Onu, in base al quale gli Stati non possono agire autonomamente neppure per far valere i propri diritti soggettivi accertati da una pronuncia della Corte internazionale di giustizia, senza l'interposizione del Consiglio di sicurezza. Cfr., Zourek, *op. cit.*, p. 58.

²⁸⁷ Falk, *The United States and the Doctrine of Non.intervention in the Internal Affairs of Independent States*, in HowLJ, 1959, p. 163 ss.

²⁸⁸ McDougal, Lasswell, Chen, *Human rights and World Public Order. The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven, 1980, p. 241.

²⁸⁹ Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad*, cit., p. 17.

²⁹⁰ Franck, Rodley, *After Bangladesh: The Law of Humanitarian Intervention by Military Force*, in AJIL, vol. 67, 1973, p. 275 ss., p. 300.

3.6 LE TENDENZE EVOLUTIVE E LE PROSPETTIVE *DE LEGE FERENDA*

A fronte di interventi coercitivi unilaterali e non autorizzati per proteggere i propri cittadini all'estero, la Comunità Internazionale non ha assunto una posizione univoca, né di censura né di acquiescenza.

Per un verso, la disamina della prassi internazionale offre una pluralità di argomenti cui un cospicuo numero di Stati, in maggioranza occidentali, ha di volta in volta attinto per sostenere la liceità degli interventi armati a protezione dei propri cittadini al di fuori dei confini nazionali²⁹¹ e mostra come, in tempi recenti, tali interventi abbiano goduto *de facto* di un crescente margine di tolleranza da parte degli Stati terzi²⁹². Per altro verso, *l'opinio iuris* internazionale non sembra orientata a sostenere un affievolimento della natura assoluta del divieto di minaccia e uso della forza nelle relazioni internazionali, al fine di conferire legittimità giuridica a tale prassi²⁹³.

L'inconcludenza delle manifestazioni della prassi dipende, in larga misura, dalla circostanza che la dottrina della protezione dei propri cittadini all'estero si presta agevolmente ad un utilizzo abusivo, il che ne ha consolidato la percezione degli Stati in via di sviluppo come di un ben argomentato *escamotage* per svilire il divieto assoluto di ricorso alla coercizione nelle relazioni internazionali²⁹⁴, al pari dell'intervento umanitario e della dottrina della legittima difesa preventiva²⁹⁵.

Infatti alla stregua di qualsiasi ipotesi di ricorso alla forza non contemplata nella Carta Onu, anche la prassi in commento rischia di intaccare l'integrità dei principi fondanti l'intero sistema delle Nazioni Unite, da quello del non intervento, a quello di leale collaborazione e di soluzione pacifica delle controversie.

Questa posizione, peraltro, è perfettamente in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, che ha disconosciuto il

²⁹¹ Brownlie, *The U.N. Charter and the Use of Force 1945-1985* in Cassese, *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, 1986, p. 491 ss.

²⁹² Gazzini, *op. cit.*, p. 170-171; Gray *op. cit.*, p. 129 ss.

²⁹³ Corten, *Le droit contre la guerre*, cit., p. 774-777.

²⁹⁴ Gray, *op. cit.*, p. 108-110.

²⁹⁵ Per un'aperta legittimazione dell'intervento umanitario nella prassi statuale v., *Netherlands Defence Doctrine* 2005, p. 33.

Sulla legittima difesa preventiva, v., *The Nationale Security Strategy of the United States of America*, Washington, 17.

rilievo di qualsiasi giustificazione al ricorso alla forza nelle relazioni internazionali²⁹⁶.

È un dato indicativo, tuttavia, che non il ricorso alla coercizione per se, quanto il suo utilizzo abusivo sia stato criticato più aspramente nei casi sopra esaminati e che, in tempi recenti, l'argomento etico-umanitario abbia significativamente condizionato la reazione degli Stati terzi. L'importanza dell'elemento umanitario quale discrimen della prassi in commento dalle ipotesi di aggressione *tout court* è mostrata dalla pressochè unanime condanna degli interventi miranti esclusivamente a proteggere i beni, e non la vita, dei propri cittadini all'estero; condanna assente nei soli casi in cui l'oggetto dell'aggressione era rappresentato da installazioni militari, ambasciate, aeromobili e navi.

Tali considerazioni non consentono di archiviare la dottrina della protezione dei propri cittadini all'estero come una mera violazione del diritto internazionale, alla stregua di una guerra di aggressione. Esse spingono, piuttosto, a inserire il dibattito sulla legittimità della protezione coercitiva dei propri cittadini all'estero nel più ampio discorso sulle tendenze evolutive della prassi internazionale in materia di minaccia e uso della forza²⁹⁷.

In questo discorso, tra le posizioni antitetiche di coloro che negano qualsiasi evoluzione sostanziale del quadro cristallizzato nella Carta Onu e di coloro che affermano un radicale stravolgimento dell'impianto del sistema di sicurezza delle Nazioni Unite²⁹⁸, vi è chi ritiene impiegabile l'ampliamento del *numerus clausus* delle eccezioni all'art. 2, par. 4 Carta Onu, senza per questo concludere che la cogenza della norma da esso scaturita ne venga pregiudicata²⁹⁹. I fautori di questa linea argomentativa sostengono che i contorni del divieto di ricorso alla forza non siano aprioristicamente definiti³⁰⁰. In altre parole, il nucleo fondamentale del divieto dell'uso della forza rimarrebbe intatto, mentre la liceità del ricorso alla coercizione, in

²⁹⁶ Cfr. Corte Internazionale di Giustizia, *Nicaragua v. United States of America*. Cit., par. 268, in cui la Corte respinse l'argomento avanzato dagli Usa, in base al quale l'intervento sarebbe stato giustificato da motivazioni umanitarie.

In dottrina, Bowett, *The Interrelation of Theories of Intervention and Self-Defense*, in Moore, *Law and Civil Wars in the Modern World*, Baltimora, 1974, p. 38-50.

²⁹⁷ V., Ronzitti, *The Expanding Law of Self-Defence*, cit., p. 343-359.

²⁹⁸ Fletcher, Ohlin, *Defending Humanity: When force is Justified and Why*, Oxford, 2008.

²⁹⁹ Ronzitti, *Lectio Magistralis – Divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali: le sfide attuali*, Scuola Superiore Sant' Anna di Pisa, 25 Novembre 2010.

³⁰⁰ Byers, *op.cit.*, p. 56, 102.

ipotesi diverse dalla guerra di aggressione, sarebbe disputata, in quanto tali ipotesi non sarebbero coperte necessariamente dal divieto principe della norma imperativa³⁰¹.

Questa tesi è stata utilizzata, ad esempio, per spiegare la rilevanza del principio *volenti not fit iniuria*, nell'applicazione del divieto di ricorso alla forza. Infatti, affinché, il consenso del sovrano territoriale, validamente prestato, possa operare come causa di esclusione dell'illecito internazionale, è necessario presupporre che l'intervento, privo di finalità aggressive, non sia prima facie in contrasto con la norma imperativa che vieta l'uso della forza.

Un'applicazione di questa impostazione ha riguardato anche l'intervento umanitario ed è servita nel tentativo di giustificare, ad esempio, come una risoluzione del Consiglio di Sicurezza³⁰² abbia potuto sanare ex post l'intervento in Kosovo consentendo alle forze Nato e alla missione UNMIK di essere presenti e di operare in territorio kosovaro.

Dunque, la crescente attenzione che il diritto internazionale dedica alla protezione degli individui può, in parte, spiegare le tendenze evolutive della prassi internazionale in tema di ricorso alla coercizione. Tuttavia, l'attrazione dell'argomento umanitario non deve indurre a una sovrapposizione della ratio della protezione dei propri cittadini all'estero con quella dell'intervento di umanità³⁰³. Infatti, pur condividendo la medesima finalità di tutela della vita umana, nella prima continua ad essere centrale il legame tra lo Stato interveniente e i civili da proteggere, come testimonia la dura reazione internazionale al maldestro tentativo della Russia di far passare l'aggressione della Georgia come azione a protezione dei propri cittadini.

Il rispetto delle norme consuetudinarie allo *jus bellum* ha rappresentato *de facto* lo strumento idoneo a discernere le ipotesi di mera aggressione da quelle di intervento a protezione dei propri cittadini all'estero.

Infatti, in mancanza di uno statuto chiaro della prassi in commento, il rispetto di tali norme rappresenta il solo elemento su cui si registra piena concordia.

Ciò è testimoniato dalle critiche che hanno colpito quegli Stati che, nel dispiegamento delle operazioni di salvataggio dei propri cittadini all'estero,

³⁰¹ V., Ronzitti, *Lectio Magistralis*, cit.

³⁰² Consiglio di Sicurezza, *Resolution 1244*, *adopted by Security Council at its 4011th meeting, on 10 June 1999*.

³⁰³ In merito alla nozione di «intervento umanitario» nel diritto internazionale classico, v., Gentili, *Il diritto di guerra*, Milano 2008, Libro I, cap. XX.

non hanno rigorosamente rispettato i limiti imposti dallo *jus bellum*. Inoltre, gli stessi Stati, che non vi si sono conformati, non hanno contestato la vigenza di tali limiti in relazione alle missioni di evacuazione di civili sul territorio di Stati terzi, bensì hanno cercato di giustificare altrimenti il proprio contegno in violazione, rimanendo in ogni caso sul piano del diritto internazionale.

Queste considerazioni potrebbero rappresentare il punto di partenza di una riflessione sulle operazioni di soccorso dei propri cittadini al di fuori dei confini nazionali in grado di coagulare attorno a sé il consenso della Comunità internazionale. Essa dovrebbe assecondare la tendenza della prassi internazionale a marginalizzare l'elemento politico nelle operazioni in commento e valorizzare la centralità del test di proporzionalità, escludendo l'ipotesi di ricorso alla forza a protezione dei beni dei propri cittadini all'estero.

Per la stessa ragione, essa dovrebbe formulare l'ipotesi di salvataggio di ostaggi sul territorio di un altro Stato sovrano³⁰⁴ in termini estremamente restrittivi.

Infatti, tali operazioni presentano spesso rischi non proporzionali ai potenziali benefici, come riconosciuto dal Regno Unito in occasione del sequestro dei propri marines da parte dell'Iran nel 2007.

Inoltre, in queste ipotesi, il consenso del sovrano locale o l'autorizzazione del Consiglio di sicurezza dovrebbero essere un prerequisito indispensabile³⁰⁵.

Infatti, in assenza di tali elementi, lo Stato interveniente potrebbe difficilmente ottenere il plauso della Comunità internazionale, come dimostrato dall'incidente di Entebbe. In quell'occasione, sebbene Israele si trovasse in una posizione di forza, data la gravità della minaccia imminente sugli ostaggi sequestrati, non riuscì a convincere la gran parte degli Stati della necessità del blitz attuato in Uganda per salvarli.

Una proposta che tenta di riformulare in termini abusivi la dottrina di intervento a protezione dei propri cittadini all'estero trae spunto dalla prassi di alcuni Stati occidentali, che, in anni recenti, hanno adottato la nozione di «*non combatant evacuation operation*» per indicare operazioni di soccorso

³⁰⁴ Schachter, *International Law in the Hostage Crisis*, cit., p. 325, 332.

³⁰⁵ Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad*, cit., p. 79-81.

di propri cittadini all'estero in contesti di guerra civile, di anarchia o di catastrofi naturali.

Alcuni di essi, peraltro, si sono limitati a regolamentare le modalità di esecuzione delle suddette operazioni e a prevedere che esse abbiano natura difensiva e finalità di minimizzazione dei rischi per la popolazione civile, riaffermando il divieto di ingerenza negli affari interni dello Stato territoriale e l'esigenza di ricercare, nei limiti del possibile, il suo consenso al dispiegamento dell'operazione. Altri Stati si sono preoccupati anche di chiarirne il fondamento giuridico, rinvenendo talvolta nel consenso dello Stato territoriale, ovvero in caso di vuoto di sovranità, nell'autorizzazione del Consiglio di sicurezza dell'Onu, o ancora, in ipotesi eccezionali, nel richiamo al principio di legittima difesa ex art. 51 della Carta Onu, con tutti i limiti procedurali che ne conseguono³⁰⁶.

³⁰⁶ Il mancato rispetto di tali condizioni procedurali non costituisce soltanto una violazione della Carta Onu ma, in base alla consolidata giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, esso indica che lo Stato che ricorre alla coercizione non ritiene di agire in legittima difesa. Cfr. *Nicaragua v. United States of America*, cit., parr. 200; 235.

CONCLUSIONI

Secondo la concezione tradizionale, la protezione degli interessi dell'individuo attuata sul piano internazionale mediante l'intervento degli Stati nazionali si fonda su una netta distinzione tra l'interesse dello Stato leso e l'interesse dell'individuo suo cittadino. Quest'ultimo può far valere il proprio diritto soggettivo all'interno dell'ordinamento dello Stato autore della violazione, mentre lo Stato di cui è cittadino ha il diritto di agire contro lo Stato responsabile per far valere una propria pretesa che sorgerebbe dal rigetto dell'ultimo ricorso presentato del privato senza aver ottenuto alcuna soddisfazione.

Alla luce della prassi ricostruita nel corso del lavoro, tre sono i dati che consentono di poter valutare il ruolo che attualmente può svolgere la protezione diplomatica rispetto alla protezione dei diritti dei singoli.

Anzitutto è necessario operare una distinzione tra la tutela degli interessi economici dei privati e la tutela di diritti individuali di altra natura dove gioca un ruolo fondamentale la normativa sui diritti umani, sulla base della quale viene riconosciuto all'individuo un *locus standi* nella comunità internazionale.

Nel primo caso, infatti, in presenza di una ingerenza sempre maggiore da parte dello Stato nelle attività economiche dei privati all'estero, ingerenza che tende ad una progressiva assunzione diretta della gestione di tali attività, è difficile negare che la violazione di diritti di privati comporti anche la violazione, in concreto, di un diritto dello Stato. Per quest'ultimo genere di problematica alla soluzione più adeguata si perviene attraverso procedimenti diversi dalla protezione diplomatica, i cui meccanismi mal si conciliano con gli interessi in gioco.

La protezione diplomatica potrebbe essere più efficace in relazione alle esigenze di tutela degli individui, in quanto le rilevate tendenze evolutive in tal senso potrebbero incidere favorevolmente su tale istituto dotandolo di una maggiore elasticità sul piano della sua applicazione.

La circostanza che esistano meccanismi di ricorso individuale previsti sia in alcuni sistemi normativi speciali che in diverse convenzioni di carattere universale e regionale che precludono o sospendono l'esercizio della

protezione diplomatica, evidenziano non un indebolimento dell'istituto in discorso, ma un ampliamento delle possibilità per l'individuo di vedere tutelati i propri interessi.

A tal proposito si è fatto riferimento all'art. 18 del Progetto della Commissione del diritto internazionale del 2006 che consente all'individuo di potersi avvalere sia dello strumento del ricorso individuale sia nell'intervento in protezione diplomatica da parte dello Stato nazionale. Ciò trova conferma anche nell'esigenza che la protezione dell'individuo è sempre meno ancorata al criterio della cittadinanza. La possibilità che lo Stato che ha la facoltà di intervenire possa essere diverso in determinate circostanze, dallo Stato di appartenenza del privato, unitamente alla progressiva riduzione della discrezionalità dell'azione dello Stato legittimato ad intervenire, ampliano notevolmente i profili applicativi dell'istituto in discorso.

In secondo luogo è da tenere in considerazione la possibilità che il privato possa rifiutare l'intervento dello Stato, avendo la libertà di decidere sull'opportunità di presentare o meno un reclamo: in tal senso lo Stato di appartenenza dovrà accettare quanto deciso dal suo cittadino.

Riguardo al contenuto del reclamo, sebbene sia lo Stato ad esercitare la protezione diplomatica, quest'ultimo non può non tener conto delle richieste del privato. La prassi è già orientata in tal senso.

Infine, l'aspetto che può incidere di più su una maggiore flessibilità della disciplina dell'istituto in esame risiede nelle modalità di applicazione della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni. Secondo la sua formulazione più corrente, tale regola imporrebbe che uno Stato non possa intervenire sul piano internazionale a seguito della lesione recata ad un proprio cittadino dal comportamento di un altro Stato, se prima l'individuo non abbia esaurito i ricorsi previsti nell'ordinamento straniero nel quale ha subito il danno.

A questo riguardo è bene ricordare che mentre lo Stato ha perso la sua posizione di soggetto esclusivo nell'ordinamento internazionale, gli individui hanno acquistato nuove possibilità per far valere le proprie pretese internazionali. Si pensi, ad esempio, all'accesso diretto degli individui ai tribunali internazionali nel campo della protezione degli investimenti esteri.

La dottrina contraria dovrebbe, quindi, dimostrare il minor utilizzo dell'istituto della protezione diplomatica nel quadro del trattamento degli

stranieri e nel quadro più generale della tutela degli interessi privati, ed anche il declino della regola del previo esaurimento nella sfera in cui essa si è sempre applicata, cioè nella sfera della protezione diplomatica.

Occorre tener presente che ad un declino quantitativo dell'istituto della protezione diplomatica non è detto che corrisponda anche un declino della funzione della regola del previo esaurimento nell'ambito di applicazione tradizionale che le è proprio; quello appunto della protezione diplomatica.

È avvenuto che gli Stati, in certi settori del diritto internazionale, hanno riconosciuto un accesso diretto ed immediato degli individui ai meccanismi internazionali di risoluzione delle controversie, escludendo cioè il meccanismo della protezione diplomatica e la regola del previo esaurimento.

Invece i medesimi Stati, in altri settori del diritto internazionale, tendono a regolare la materia direttamente a livello internazionale, mediante accordi internazionali atti a risolvere le relative controversie direttamente a livello internazionale mediante ricorso ad arbitrati interstatali.

In altri termini tendono ad ampliare la sfera delle « controversie dirette » fra Stati; cioè proprio quelle controversie che sfuggono alla sfera di applicazione della regola del previo esaurimento.

Attualmente l'applicazione di tale principio sembra perseguire la finalità di garantire una protezione sempre più efficace degli interessi individuali.

Il Progetto della Commissione del 2006, ha accolto la natura procedurale dell'art. 14 e ha previsto nell'art. 15 alcune eccezioni che riguardano un'equa distribuzione dell'onore della prova sull'esistenza dei mezzi interni di ricorso e la possibilità che lo Stato autore della violazione rinunci alla sua applicazione.

Dalla presente indagine è emerso, inoltre, come soprattutto la tutela dei diritti umani abbia contribuito a chiarire le nozioni di inefficacia ed inadeguatezza dei ricorsi previsti a livello nazionale, introducendo nuove ipotesi nelle quali l'individuo viene esonerato dal percorrerli: *a)* quando non sia possibile giungere ad una ragionevole riparazione; *b)* in mancanza di una rilevante connessione tra l'individuo e lo Stato che ha commesso la violazione; *c)* quando lo Stato esercita il suo diritto di rinuncia attraverso forme espresse oppure implicite.

Se è vero che tutti questi temperamenti riscontrabili nella prassi hanno posto dei dubbi sulla fondatezza della concezione che attribuisce alla regola in questione un valore di carattere generale, è anche vero che la regola rimane in vigore nell'ambito della sua tradizionale sfera di applicazione, tanto che si ritrova codificata nel Progetto del 2006 della Commissione del diritto internazionale.

Sulla base delle considerazioni suesposte è possibile, quindi, riconoscere all'istituto della protezione diplomatica non solo la possibilità di svolgere, oltre che la sua tradizionale funzione, anche un ruolo di più ampio respiro.

In tal senso depone la definizione dell'istituto della protezione diplomatica contenuta nel Progetto del 2006 che include nell'istituto della protezione diplomatica sia la tradizionale azione diplomatica (nella quale rientrano non solo le iniziative quali la protesta e la richiesta di aprire inchieste o di avviare negoziati e l'adozione di contromisure purché pacifiche) sia gli altri mezzi di soluzione pacifica delle controversie quali in particolare le figure della mediazione, della conciliazione, purché pertinenti nel caso di specie³⁰⁷.

In questo modo tale istituto potrebbe garantire agli individui uno strumento extra giudiziale non solo alternativo ai meccanismi di tutela giurisdizionale, ma altresì più rispondente alla protezione dei loro interessi.

Piuttosto che operare una distinzione tra la disciplina dell'istituto della protezione diplomatica (volto, secondo una parte della dottrina, esclusivamente alla tutela dei cittadini da parte dello Stato nazionale per la violazione delle norme sulla protezione degli stranieri) e la disciplina che riguarda la protezione dei diritti umani è più opportuno concordare con quegli autori che sostengono che esiste una linea di continuità tra le due discipline.

In tale prospettiva, si è verificata una evoluzione dell'istituto di cui si tratta: si è passati da una protezione riservata esclusivamente ai propri cittadini ad una protezione che può essere estesa a tutelare tutti gli individui per la violazione della normativa sui diritti umani.

³⁰⁷ Nella prima versione dell'art. 2 del Progetto del Relatore speciale Dugard era prevista espressamente la possibilità per lo Stato di appartenenza di poter fare ricorso alla minaccia o all'uso della forza nel caso di « rescue of nationals » quale mezzo di protezione diplomatica. In seguito tale disposizione è stata eliminata definitivamente e non figura nell'attuale Progetto.

Qualora poi si consolidassero alcune indicazioni della prassi che spingono verso un riconoscimento di un diritto alla protezione diplomatica come diritto dell'uomo, l'individuo potrebbe avere a disposizione un insieme più ampio di mezzi per la tutela dei propri diritti rispetto a quella che viene attualmente riconosciuta.

BIBLIOGRAFIA

- ALSTON, CRAWFORD, *The future of Human Right Treaty Monitoring*, Cambridge, 2000.
- ALSTON, *L'Union Européenne et les droits de l'Homme*, Bruxelles, 2001.
- AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, 1990.
- ANZILOTTI, *Corso di Diritto Internazionale*, Roma, 1912.
- ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951.
- BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1962.
- BARBIER, *L' intervention diplomatique nd'un État pour la protection des droits de son nationals résidant à l'étranger*, 1965.
- BARIATTI, *L'azione internazionale dello Stato a tutela dei non cittadini*, Milano, 1993.
- BATTAGLINI, *La protezione diplomatica delle società*, Padova, 1957.
- BERGER, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, IX ed., Paris, 2004.
- BROWNLIE, *Principles of public International Law*, Oxford, 1990.
- CALAMIA, *Ammissione e allontanamento degli stranieri*, Milano, 1980.
- CASSESE, *Diritto Internazionale*, Milano 2006, pp. 98-99.
- CASSESE, *Sul funzionamento del sistema dei ricorsi individuali alla Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1974, p. 559.
- CONDORELLI, *La protection diplomatique et l' évolution de son domaine d'application*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, p. 14.
- CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2007.
- CONTUZZI, *Trattato teorico-pratico di Diritto consolare e diplomatico*, Torino, 1910.
- CRAWFORD, *The Rights of Peoples*, Oxford-New York, 1992.
- DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 661 ss.

- DEL RUSSO, *International Protection of Human Rights*, Washington, 1971.
- DOMINICÈ, *L'èmergence de l'individu en droit international public*, in *Annales d'études internationales*, 1978-1988, p. 1 ss.
- DUGARD, *Third Report on diplomatic protection* (UN. Doc. A/CN/4/523), in www.un.org/law/ilc, p. 5 ss.
- DUNN, *The Protection of Nationals*, Baltimore, 1932.
- DURANTE, *Doppia o plurima cittadinanza nella protezione diplomatica*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1956, p. 172.
- FLAUSS, *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, 2003.
- FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, 1938.
- FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, London, 1964.
- GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, 1967.
- GIULIANO, *Diritto Internazionale*, Milano, 1991.
- JOSEPH, *Nationality and Diplomatic Protection: the Commonwealth of Nations*, Leyden, 1970.
- KELSEN, *Principles of International Law*, New York, 1952.
- LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano 1983.
- MARAZZI, *L'apolidia e il suo accertamento giudiziario*, Torino, 1958.
- MOORE, *A Digest of International Law*, VI, Washington, 1906, p. 656 ss.
- MORELLI, *Nozioni di Diritto Internazionale*, Padova, 1967.
- NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984.
- PANZERA, *Limiti Internazionali in materia di cittadinanza*, Napoli, 1984.
- PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004.
- PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006.

- QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, Napoli, 1968.
- RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2007.
- ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002.
- SCHWARZENBERGER, *Foreign Investments and International Law*, New York, 1969.
- SERENI, *Diritto Internazionale*, Milano, 1956.
- SPATAFORA, *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni nella giurisprudenza della Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1958, p. 188 ss.
- SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano, 1956.
- STROZZI, *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1977.
- TAMBURINI, *Trattamento degli Stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*, Padova, 1984.
- TESAURO, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976.
- TREVES, *Diritto Internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005.
- VENTURINI, *L'apolidia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1940, p. 399 ss.
- VIRZO, *Corte internazionale di giustizia. Sentenze e pareri consultivi (2004)*, in *La Comunità internazionale*, 2005, pp. 539 ss.
- WALDOCK, *General Course on Public International Law*, in *Recueil des Cours*, 1962, II, p. 194 ss.
- WATTS, *The International Law Commission: 1949-1998*.
- WEIS, *The International Protection of Refugees*, in *American Journal of International Law*, 2002.
- WITENBERG, *L'organisation judiciaire, la procedure et la sentence internationale*, Paris, 1937.
- ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2002.
- ZICCARDI, *La Costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943.

RINGRAZIAMENTI

Giunta alla fine di questo lavoro desidero ringraziare ed esprimere la mia riconoscenza, nei confronti di tutte le persone che, in modi diversi, mi sono state vicine e hanno permesso e incoraggiato sia i miei studi che la realizzazione e stesura di questa tesi.

In primo luogo desidero ringraziare il mio relatore, il Prof. Marinai, per avermi seguita durante lo svolgimento del lavoro con preziosi consigli che mi hanno aiutata ad intraprendere, ogni volta, le scelte più appropriate, per la continua disponibilità e prontezza nei chiarimenti e suggerimenti.

Un sentito ringraziamento per la costante fiducia e il grande affetto va alla mia famiglia, senza il loro aiuto non avrei mai raggiunto questa meta. Sono davvero grata per tutti i valori che hanno saputo trasmettermi e perché con grande sostegno e molti sacrifici mi hanno permesso di raggiungere questo importante obiettivo, nonché per avermi sopportato con molta pazienza.

E infine, ma di certo non per importanza, ringrazio Piero, il mio fidanzato e compagno di tanti momenti, per l'amore, il coraggio e la forza che mi ha spinto a trovare, per esserci sempre stato soprattutto nei momenti più difficili, per tutto ciò che mi sta regalando di giorno in giorno. Se ho raggiunto questo traguardo lo devo anche alla sua continua presenza.

